

UDK 34 + 3

ISSN 1330-349X
<https://doi.org/10.30925/zpfsr>

ZBORNIK
PRAVNOG
FAKULTETA
SVEUČILIŠTA
U RIJECI

VOLUMEN 40

BROJ 3

Zb. Prav. fak. Sveuč. Rij.
vol. 40, br. 3, str. X + 987-1268, Rijeka, 2019.

ZBORNİK PRAVNOG FAKULTETA SVEUČILIŠTA U RIJECI
COLLECTED PAPERS OF THE FACULTY OF LAW OF THE UNIVERSITY OF RIJEKA
GESAMMELTE SCHRIFTEN DER RECHTSWISSENSCHAFTLICHEN FAKULTÄT DER UNIVERSITÄT IN RIJEKA
RACCOLTA DI SCRITTI DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA DELL'UNIVERSITÀ DI RIJEKA

Nakladnik/Publisher: Sveučilište u Rijeci, Pravni fakultet, Hahlić 6, 51 000 Rijeka

Glavni urednik/Editor-in-Chief: prof. dr. sc. Željko Bartulović

Uredništvo/Editorial Board: prof. dr. sc. Vesna Crnić-Grotić, prof. dr. sc. Edita Čulinović Herc, prof. dr. sc. Eduard Kunštek, prof. dr. sc. Nataša Žunić Kovačević, prof. dr. sc. Dario Derđa, prof. dr. sc. Sanja Barić, prof. dr. sc. Budislav Vukas, prof. dr. sc. Maja Bukovac Puvača (svi s Pravnog fakulteta u Rijeci), prof. dr. sc. Gian Antonio Benacchio (Trento, Italija), prof. dr. sc. Tomislav Borić (Graz, Austrija), prof. dr. sc. Elina N. Moustaira (Atena, Grčka), izv. prof. dr. sc. Pasquale Pistone (Salerno, Italija/IBFD, Nizozemska), prof. dr. sc. Saša Prelič (Maribor, Slovenija), izv. prof. dr. sc. László Heka (Szeged, Mađarska)

Izvršni urednici/Executive Editors: izv. prof. dr. sc. Vlatka Butorac Malnar, doc. dr. sc. Igor Martinović

Međunarodni savjetodavni odbor/International Advisory Board: prof. emeritus Ljubo Bavcon (Ljubljana, Slovenija), prof. emeritus Šime Ivanjko (Maribor, Slovenija), prof. emeritus Marcus Lutter (Bonn, Njemačka), prof. dr. sc. Gaetano Insolera (Bologna, Italija), prof. dr. sc. Giorgio Spangher (Rim, Italija)

Lektura/Language Editing: dr. sc. Dejana Golenko, knjižničarska savjetnica (za hrvatski)

Prijevod/Translations: doc. dr. sc. Sandra Winkler (za talijanski), dr. sc. Katja Dobrić Basaneže (za njemački)

za UDK/for UDC: dr. sc. Dejana Golenko, knjižničarska savjetnica

Adresa uredništva/Address of the Editorial Board: Sveučilište u Rijeci, Pravni fakultet, Hahlić 6, Rijeka, Hrvatska, tel. + 385 51 359-500, faks. + 385 51 675-113

e-pošta: zbornik@pravri.hr

mrežno mjesto/web: <https://www.pravri.uniri.hr/hr/znanost/zbornik.html>

English: <https://www.pravri.uniri.hr/en/scientific-research/collected-papers.html>

Časopis izlazi tri puta godišnje.

Naklada: 300 primjeraka

Priprema i tisak/Layout & Print: Tiskara Grafika Helvetica d.o.o., Rijeka

Članci objavljeni u časopisu referiraju se za Web of Science Core Collection (WoSCC), podbaza Emerging Sources Citation Index (ESCI), HeinOnline Law Journal Library (William S. Hein & Co., Inc., USA), Index to Foreign Legal Periodicals, Berkeley, California, USA (HeinOnline), Sociological Abstracts - CSA (ProQuest), Worldwide Political Science Abstracts - CSA (ProQuest), Linguistics and Language Behavior Abstracts, San Diego, California, USA - CSA (ProQuest), Political Science Complete – EBSCO, Directory of Open Access Journals (DOAJ).

Časopis je objavljen uz financijsku potporu Sveučilišta u Rijeci.

ISSN 1330-349X
<https://doi.org/10.30925/zpfsr>



SVEUČILIŠTE U RIJECI
PRAVNI FAKULTET

ZBORNİK

PRAVNOG FAKULTETA SVEUČILIŠTA U RIJECI

VOLUMEN 40

BROJ 3

RIJEKA, 2019.

SADRŽAJ

Članci:*Ivan Milotić,*

- Arbitraža po uzoru na rimsko pravo u graničnom sporu između Lovrana i Mošćenica (1646.)
(izvorni znanstveni rad)..... 987

Petar Popović,

- Prvenstvo prava pred idejama dobra: novi pogled na pravni konstruktivizam Johna Rawlsa
(izvorni znanstveni rad)..... 1011

Vesna Crnić-Grotić,

- Zločin genocida pred Međunarodnim sudom pravde
(prethodno priopćenje) 1033

Barbara Herceg Pakšić,

- U pravu i o pravu: stanje i perspektive u polju pravo u Republici Hrvatskoj u svjetlu validacijskih normativnih uvjeta
(prethodno priopćenje) 1053

Neža Pogorelčnik Vogrinc,

- Mjerodavno pravo u bračnoimovinskim sporovima
(prethodno priopćenje) 1075

Darja Senčur Peček, Sandra Laleta, Karla Kotulovski,

- Ugovorni odnosi u vezi s privremenim agencijskim radom
(pregledni rad) 1101

Željka Primorac,

- Pravne posljedice provjere putnikovih putnih isprava u zračnim lukama - opravdanost razloga za uskraćivanje ukrcanja na let
(pregledni rad) 1131

Jakub Handrlica,

- Riječki nacrt Konvencije o odgovornosti poduzetnika-brodara nuklearnih brodova: kasni rekvijem
(pregledni rad) 1153

Vanja Smokvina, Magdalena Čunčić,

- Suvremeni izazovi u provođenju socijalne politike s posebnim naglaskom na mjere socijalne intervencije
(pregledni rad) 1175

Marko Sukačić,

Dvojbeno pravna narav kupnji na pokus - pregled romanističkih teorija o
D.19,5,20pr.-1 (*Ulpianus libro 32 ad edictum*)

(pregledni rad)..... 1207

Sanja Bježančević,

Migrantska kriza u Europskoj uniji – izazovi, europska sigurnost i zaštita
temeljnih prava

(pregledni rad)..... 1231

Prikaz knjige:

Stjepan Gadžo,

Poresko pravo (Dejan Popović, Univerzitet u Beogradu – Pravni fakultet,
Beograd, 2018.)..... 1255

TABLE OF CONTENTS

Articles:

Ivan Milotić,

Arbitration Based on the Model of Roman Law in the Boundary Dispute
Between Lovran and Mošćenice of 1646..... 987

Petar Popović,

Priority of the Law over the Ideas of Good: Rawls's Juridical
Constructivism Revisited 1011

Vesna Crnić-Grotić,

Crime of Genocide before the International Court of Justice 1033

Barbara Herceg Pakšić,

In Law and about Law: the Situation and Perspectives in the Field of Law
in the Light of New Validation Normative Conditions in the Republic of
Croatia 1053

Neža Pogorelčnik Vogrinc,

Applicable Law in Matrimonial Property Regime Disputes..... 1075

Darja Senčur Peček, Sandra Laleta, Karla Kotulovski,

Contractual Relationships Concerning Temporary Agency Work 1101

Željka Primorac,

Legal Consequences of Air Passengers Travel Documents Control in
Airports – Justification for the Denied Boarding 1131

Jakub Handrlica,

The Rijeka Draft of a Convention on the Liability of Operators of Nuclear
Ships: a Very Late Requiem 1153

Vanja Smokvina, Magdalena Čunčić,

Contemporary Challenges in Social Policy Implementation with Particular
Emphasis on Social Intervention Measures 1175

Marko Sukačić,

Dubious Legal Nature of the Sale on Approval – Overview of Romanistic
Theories of D.19,5,20pr.-1 (*Ulpianus libro 32 ad edictum*)..... 1207

Sanja Bježančević,

Migration Crisis in the European Union - Challenges, European Security
and the Protection of Fundamental Rights 1231

Book Reviews:

Stjepan Gadžo,

Tax law (Dejan Popović, University of Belgrade – Faculty of Law,
Belgrade, 2018) 1255

INHALT

Beiträge:

Ivan Milotić,

Schiedsverfahren am Beispiel des römischen Rechts bei der
Grenzstreitigkeit zwischen Lovran und Mošćenice (1646)..... 987

Petar Popović,

Vorrang des Rechts gegenüber den Ideen des Gutes: erneute Prüfung des
Konstruktivismus von John Rawls..... 1011

Vesna Crnić-Grotić,

Völkermord vor dem Internationalen Gerichtshof..... 1033

Barbara Herceg Pakšić,

Im Recht und über das Recht: die Lage und Perspektiven im Gebiet des
Rechts im Lichte neuer normativer Bedingungen..... 1053

Neža Pogorelčnik Vogrinc,

Anzuwendendes Recht bei Streitigkeiten über den ehelichen
Guterstand 1175

Darja Senčur Peček, Sandra Laleta, Karla Kotulovski,

Temporäre Leiharbeitsverhältnisse 1207

Željka Primorac,

Rechtsfolgen der Kontrolle von Reisedokumenten der Passagiere in
Flughäfen – Rechtfertigung der Beförderungsverweigerung..... 1231

Jakub Handrlica,

Rijeka-Entwurf des Nuklearschiff-Übereinkommens: ein sehr spätes
Requiem 1253

Vanja Smokvina, Magdalena Čunčić,

Moderne Herausforderungen bei der Durchführung der Sozialpolitik mit
besonderer Betonung auf die Massnahmen der sozialen Intervention.... 1275

Marko Sukačić,

Die fragwürdige Rechtsnatur des Probekaufs – Übersicht romanistischer
Theorien über D.19,5,20pr.-1 (*Ulpianus libro 32 ad edictum*) 1207

Sanja Bježančević,

Migrantenkrise in der Europäischen Union – Herausforderungen,
europäische Sicherheit und Schutz der Grundrechte..... 1231

Beschreibungen:

Stjepan Gadžo,

Steuerrecht (Dejan Popović, Universität Belgrad - Rechtswissenschaftliche
Fakultät, Belgrad, 2018)..... 1255

INDICE

Articoli:

Ivan Milotić,

L'arbitrato basato sul modello del diritto romano nella lite sui confini tra Laurana e Moschiena (1646.)..... 987

Petar Popović,

La priorità del diritto sulle idee del bene: un nuovo sguardo al costruttivismo giuridico di John Rawls..... 1011

Vesna Crnić-Grotić,

Il crimine di genocidio dinnanzi alla Corte internazionale di giustizia... 1033

Barbara Herceg Pakšić,

Nel diritto e riguardo al diritto: lo stato e le prospettive nell'ambito del diritto nella Repubblica di Croazia alla luce delle condizioni legali di conferma..... 1053

Neža Pogorelčnik Vogrinc,

La legge applicabile nelle dispute riguardanti il regime patrimoniale tra coniugi..... 1075

Darja Senčur Peček, Sandra Laleta, Karla Kotulovski,

I rapporti contrattuali riguardanti il lavoro temporaneo di agenzia 1101

Željka Primorac,

Le conseguenze giuridiche derivanti dal controllo dei documenti di viaggio negli aeroporti - la giustificabilità dei motivi di dinego dell'imbarco sul volo..... 1131

Jakub Handrlica,

Il disegno fiumano della Convenzione sulla responsabilità degli operatori delle navi nucleari: un tardo requiem..... 1153

Vanja Smokvina, Magdalena Čunčić,

Le sfide contemporanee nella realizzazione delle politiche sociali con particolare attenzione per le misure di intervento sociale..... 1175

Marko Sukačić,

L'incerta natura giuridica dell'acquisto a prova – rassegna delle teorie di diritto romano su D.19,5,20pr.-1 (*Ulpianus libro 32 ad edictum*) 1207

Sanja Bježančević,

La crisi migratoria nell'Unione europea – sfide, sicurezza europea e tutela dei diritti fondamentali 1231

Prezentazioni

Stjepan Gadžo,

Diritto tributario (Dejan Popović, Università di Belgrado – Facoltà di Giurisprudenza, Belgrado, 2018.) 1255

Članci

(Articles, Beiträge, Articoli)

ARBITRAŽA PO UZORU NA RIMSKO PRAVO U GRANIČNOM SPORU IZMEĐU LOVRANA I MOŠĆENICA (1646.)

Izv. prof. dr. sc. Ivan Milotić*

UDK: 34(37):94(497.5)

<https://doi.org/10.30925/zpfsr.40.3.1>

Ur.: 18. studenoga 2019.

Pr.: 9. prosinca 2019.

Izvorni znanstveni rad

Sažetak

Granični spor između Lovrana i Mošćenica iz 1646. godine poznat je u literaturi, dok je arhivski izvor u kojemu je zabilježen paleografski i filološki odgovarajuće obrađen i vrednovan. Premda je riječ o pravnom aktu, njegova je pravna odrednica nepoznata, što se posebno odnosi na nekoliko instituta, pojmova i izričaja koji svojom preciznošću, određenošću i pravnotehničkom izraženošću odudaraju od mjesnih feudalnih običajnih pravnih shvaćanja toga vremena. K tome, premda su ti pojmovi te izričaji u ispravi dokumentirani na talijanskome, oni su prigodno talijanizirani, a zapravo pripadaju latinskom jeziku. Dodatno, kada se spominju, oni odstupaju od uobičajene srednjovjekovne deskriptivnosti pravnoga jezika i administrativno-funkcionalnog stila kojima obiluje tadašnja pravna diplomatika. Kako sve navedene naznake upućuju na mogućnost da su ključni pojmovi, izričaji i instituti u lovransko-mošćeničkom razgraničenju preuzeti iz rimske pravne tradicije koja je na ovo područje prodirala i posredstvom *ius commune* te dijelom iz rimsko-kanonskoga procesa, u radu se propituje njihovo pravno podrijetlo te uloga i svrha koja se njihovim korištenjem postizala u konkretnom razgraničenju. U radu se posebna pažnja posvećuje procesnom mehanizmu kojim je riješen granični spor između Lovrana i Mošćenica te mogućnosti da je on oblikovan po uzoru na rimsku arbitražu i donekle na rimsko-kanonski proces.

Ključne riječi: Lovran; Mošćenice; granica; razgraničenje; spor; novi vijek; rimsko pravo; arbitražu; *ius commune*.

1. UVOD

S područja Istre i Rijeke poznati su brojni sporovi o raznim vrstama razgraničenja (teritorijalnom, jurisdikcijskom, fiskalnom i dr.) koji su se pojavljivali u srednjem

* Dr. sc. Ivan Milotić, izvanredni profesor, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu; ivan.milotic@pravo.hr.

i novom vijeku.¹ U diplomaciji prevladavajući udio izvora o tim sporovima nastao je u svezi s utvrđivanjem granica (*razvođenjem*) među različitim teritorijalno-političkim cjelinama (općinama, opatijskim imanjima, feudalnim gospoštijama i sl.). Neovisno o njihovoj dataciji i provenijenciji, teritorijalna razgraničenja provodila su se jednostavno i gotovo shematski, tako što bi komisija došla na sporno mjesto, obišla granično područje, saslušala stranke i zainteresirane osobe te zatim utvrdila granicu i obilježila je nekim znakom (kamenim međašem, križem na stijeni, oznakom na stablu i sl.). Unatoč jednostavnosti i shematiziranosti takvih procesa, zbog svoje se presudne važnosti, ali i pravne sigurnosti u lokalnim okvirima, razgraničenje uvijek bilježnički dokumentiralo, zbog čega danas postoji razmjerno dobar i pouzdan uvid u njih. Za njihovo provođenje nije bilo potrebno niti se tražilo pravno znanje članova komisije, pa ih diplomatski izvori najčešće, čak i onda kada su ta razgraničenja bila važnija te među utjecajnim strankama u sporu, dokumentiraju deskriptivno, bez korištenja pravne terminologije, tehničkih izričaja i formula.

Iznimka od toga je razgraničenje između Lovrana i Mošćenica koje je provedeno 1646. godine. Ono je dobro i pouzdano diplomatski dokumentirano, a razmjerno nedavno znanstveno je priređena odgovarajuća paleografska i filološka analiza te povijesna kontekstualizacija i ambijentalizacija tog arhivskoga izvora,² zbog čega se ta tematika u ovome radu neće iznova otvarati. Kada je autoru ovoga teksta kao pravniku taj diplomatski izvor predočen u recenzentskom postupku, odmah je shvatio da je riječ o nesvakidašnjem terminacijskom svjedočanstvu iz novoga vijeka jer, za razliku od ostalih, sadržava neke precizne pravne pojmove, pravnotehničke izričaje, institute i otprije izgrađene pravne koncepte koji izrazito odudaraju od prevladavajućih feudalnih i mjesnih (običajnih) pravnih shvaćanja. Premda je jezik tog izvora talijanski, već *prima facie* može se utvrditi da su pojmovi i izričaji korišteni pri zapisivanju preuzeti iz latinskog jezika i da su prigodno talijanizirani. Pored toga, može se zaključiti da pripadaju rimskome pravu i da se u razgraničenju između Lovrana i Mošćenica u određenoj mjeri koriste jednako te u istome kontekstu kao što su ih Rimljani mogli koristiti u klasično doba pri rješavanju sporova.

Takav sadržaj navedenog akta nužno je nametnuo potrebu njegove iscrpnije pravne analize, što je predmet ovoga rada. Pritom valja naglasiti da će se ovdje prvotno analizirati pojmovi, izričaji i instituti koji po svemu pripadaju rimskom pravu ili na njemu utemeljenoj pravnoj tradiciji u srednjem i novom vijeku, dok će se ostale sastavnice (mahom deskriptivne), koje se uobičajeno i posvuda susreću u srednjovjekovnim i novovjekovnim zapisima u tim razgraničenjima (i odudaraju od

1 Kao ogledne srednjovjekovne primjere u kojima je razgraničenje opsežno dokumentirano u prostornoj odrednici relevantnoj za ovaj rad navode se *Istarski razvod* (1275.-1325.) i *Mošćeničko-kožljački razvod* (1395.). Vidi: Bratulić, J., *Istarski razvod: Studija i tekst*, Pula, Čakavski sabor, 1978.; Bratulić, J., *Istarski razvod*, Pula, Libar od grozda, 1989.; Šurmin, Đ., *Hrvatski spomenici*, Zagreb, Monumenta historico-juridica Slavorum Meridionalium 6, vol. 1, 1898, str. 100-102. Za osvrt na razgraničenja vidi: Milotić, I., *Aspetti giuridici della linea di demarcazione austro-veneziana in Istria e sua soluzione arbitrale con le sentenze tridentine*, Rovinj, Atti – Centro di ricerche storiche, vol. 45, 2015, str. 111-113.

2 Eterović, I. i Doričić, R., *O jednome graničnom sporu Lovrana i Mošćenica iz 17. stoljeća*, Lovran, Zbornik Lovranščine, vol. 5, 1/2018, str. 21-50.

„rimske preciznosti“), ostaviti postrance. Naime, potonje nisu nikakav *novum*, niti imaju pravnopovijesni kontinuitet ili kakvu izraženiju pravnu vrijednost. Ovom se studijom nastoji, osim kulturne i povijesne dimenzije, odgovarajuće vrednovati i u pravi plan staviti pravnu odrednicu. *Nota bene*, razlog nastanka ovog izvora, njegova *ratio*, funkcija i preciznost sadržaja imali su u 17. stoljeću praktičnu svrhu koja se odražavala u pravnoj sferi. Sastavljajući ispravu o razgraničenju, pa i uključujući u nju navedene pojmove, izričaje i institute, Lovran i Mošćenice željeli su urediti svoje pravne odnose o granicama na siguran, stabilan i predvidiv način.

2. DIPLOMATIČKI IZVOR, DATACIJA, NASTANAK I SADRŽAJ

Izvorni zapis o sporu nije očuvan, ali iz njegova nešto kasnijega bilježničkog prijepisa poznato je da je spor riješen, razgraničenje utvrđeno te da je sve zapisano 16. siječnja 1646. godine. Očuvani i danas dostupan izvor³ prijepis⁴ je izvornog akta koji je naknadno izradio kastavski bilježnik imenom *Ioannes Conradus Hauch*,⁵ ovjerivši ga svojim bilježničkim pečatom,⁶ dok je 11. ožujka 1693. godine potvrdio ga mjesni vlastelin *Claudius a Marburg*.⁷ Jezik je prijepisa talijanski, što vjerojatno odražava činjenicu da je i izvornik isprave bio na talijanskom, dok su bilježnička ovjera i vlastelinova potvrda (*corroboratio*) sastavljeni na latinskom te slijede uobičajenu diplomatsku (bilježničku) „šprancu“.

Povod nastanka izvornika ovog pravnog akta bio je fizički sukob koji je među stanovnicima dviju općina izbio 17. prosinca 1645. godine na polovici obalne linije u uvali Cesara,⁸ koja je dijelila lovransku i mošćeničku općinu. Taj je sukob nadrastao okvire privatne svađe te je prerastao u međuopćinski spor, što navodi na zaključak da linija razgraničenja među njima na tom mjestu nije bila precizno utvrđena. O ekscesnosti tog fizičkog sukoba i dalekosežnoj važnosti toga događaja kao snažnog povoda za gotovo trenutno rješavanje spora ponajbolje svjedoči daljnja

3 Čuva se u Hrvatskom državnom arhivu u Zagrebu: *HR-HDA-663, Isusovački samostan Rijeka, Fasc. II, No. 51.4.*, br. 167-168 (tekst razgraničenja), br. 169 (prazno), br. 170 (tekst: *Actas Flumien, Jesuitas, Fasc. II. N.s =51.*: „De confinijis Laurane, et Moschenizze. De An[n]o 1646“).

4 Glede transkripcije slijedi se: Eterović, I. i Doričić, R., op. cit., str. 46-49. Dijelove transkripcije ranije je priredio i: Munić, D., Dokument o utvrđivanju prava ribolova i svjedočanstva o lovu između Kastavske gospoštije i Pazinske kapetanije, Rijeka – Pazin, Vjesnik historijskih arhiva u Rijeci i Pazinu, vol. 27, 1985, str. 137; Munić, D., Utvrđivanje prava ribolova između Mošćenica i Lovrana 1742. godine, Rijeka, Liburnijske teme, vol. 6, 1987, str. 66-67.

5 *Fidem facimus cunctisque pro rei ueritate sincere attestamur Supradictum Do[m]inum Joannem Conradum Hauch esse Notarium Publici cum et talem qualem se facit, cuius scripturis publicis et priuatis ac similibus subscriptionibus plena hic adhibetur fides et ubique locorum merito est adhibenda. In quorum fidem Datum Castuae die 11 Martij 1693*

6 *Ex [?] extraxi in fidem me subscripsi solitoque coroboravi Sigillo Ego Ioannes Conradus Hauck Imp[er]ia[li] Auc[tor]itat[e] Not[ari]us Pub[lic]us*

7 *Claudius a Marburg Sacrae Caesareae Maiestatis Consiliarius Capitaneus Castuae, Veprinaz, Moschienizae e Podbreg.*

8 „Val Cesara“, u: *Istarska enciklopedija*, Zagreb, 2005, str. 852.

kronologija događaja. Samo trideset dana kasnije (16. siječnja 1646.) sastavljena je isprava (izvornik) koja je pisani pravni akt o uspješnom rješavanju međuopćinskog spora i utvrđivanju granične linije između Lovrana i Mošćenica u uvali Cesara. Na važnost toga spora i njegova rješavanja u lokalnim okvirima zasigurno upućuje i jedna marginalija. Isprava o sporu očuvana je zahvaljujući riječkim isusovcima koji su je izabrali među drugim arhivskim izvorima i nakon toga pohranili u svoju zbirku isprava. Naime, ispravu o lovransko-mošćeničkom razgraničenju shvaćali su kao nešto važno i vrijedno arhiviranja te očuvanja.⁹

Opisana nepovoljna situacija u međuopćinskim odnosima, kada granice nisu bile točno utvrđene, općepoznata je i raširena i drugdje na sjevernojadranskom prostoru tijekom srednjeg i novoga vijeka. Primjeri drugih usporedivih sredina pokazuju da sve dok se ne pribjegne formalnopravnom rješavanju spora i preciznom utvrđivanju granične linije (čemu je povod najčešće bio neki ekscenčni sukob ili razmirica, ovdje tal./lat. *querella*), neriješeno granično pitanje ostaje stalni uzrok tradicijskih lokalnih prijepora, trzavica i svađa te „nepodopština“ oko nje.¹⁰

Kako je čitav diplomatski izvor već transkribiran i paleografski te filološki obrađen, a njegov je sadržaj lako dostupan, u radu će se ograničiti na pozivanje na one dijelove sadržaja koji čine njegovu posebnost u odnosu na slične zapise i u kojima se prepoznaju utjecaji rimske pravne tradicije.

3. MIJEŠANJE U TUĐI SPOR (LAT. INTERVENIENTE – UMJEŠAČ)

Granični spor koji se obrađuje u ovome radu tipična je diobena parnica između dviju općina koje, u diplomatskom izvoru nisu naznačene svojim nazivom, nego etnikom, tj. kao *honorandi Popoli di Laurana, e Moschienze*. Kao predmet spora nije naznačena cijela međuopćinska granična linija, nego samo razgraničenje u uvali Cesara (Cessara), *quale diuide li confini*. Ono se pokazalo posebno spornim zbog spomenutoga fizičkog sukoba, što je i bio povod da se pristupi njegovu rješavanju. Iz početnoga dijela isprave iščitava se da se proces razgraničenja provodio na spornome mjestu te da je izvorni zapis o sporu od 16. siječnja 1646. godine sastavljen upravo tu. Spor se rješavao na način koji je od srednjega vijeka naovamo tipičan za

9 Eterović, I. i Doričić, R., op. cit., str. 27.

10 Ne iznenađuje stoga podatak da su se cjelovito ili djelomično nedefinirani granični međuopćinski prostori na kartama i u diplomatiji često označavali kao *territorio/loco contentioso* ili *differenze*. Upućuje se na: Bertoša, M., Nemirne granice knežije (Građa u Državnom arhivu u Veneciji o graničnim sukobima i sporovima između mletačke pokrajine Istre i Istarske knežije), Rijeka – Pazin, Vjesnik historijskih arhiva u Rijeci i Pazinu, vol. 26, 1983, str. 17, 24-25, 26-28, 68; Bertoša, S., Bradara, T. i Kuzmanović, N., Kunfini i zlamenja – oznake granica i međa u Istri od srednjeg vijeka do našega doba, Pula, Histria archaeologica, vol. 40, 2009, str. 119-125; Milotić, I., op. cit., str. 126-132; Milotić, I., Sententia Tridentina – pravna analiza i tumačenje, Mletačko-austrijska granica u Istri / *Il confine veneto-austriaco in Istria*, Pula, Arheološki muzej Istre, 2017, str. 350-351. Za *differenze* na relevantnom području za ovaj rad vidi: *Zakon kaštela Mošćenica* iz 1627., 11r, 12r, 15v; Margetić, L., Mošćenički zakoni i statuti, Rijeka, Adamić, 2006, str. 57, 59, 66.

razgraničenja među seoskim općinama, i kakav se, primjerice, susreće i u *Istarskom* te *Mošćeničko-kožljačkom razvodu*. On podrazumijeva sazivanje na mjesto sporenja (tal. *essendo congregati*) predstavnika stranaka u sporu, zainteresiranih trećih osoba, barem formalno čitave javnosti (lat. *buoni huomini del Popolo*) te ljudi koji bi svojom nepristranošću, objektivnošću, autoritetom i iskustvom trebali jamčiti pravilno rješavanje spora. Iz isprave se iščitava da oni svi zajedno čine komisiju za razgraničenje. Premda su s formalnoga gledišta pozicije svih procesnih sudionika zadane, iščitavajući ispravu nemoguće je u funkcionalnom smislu precizno razlučiti njihove procesne uloge pri poduzimanju pojedinih radnji (posebno pri izvođenju dokaza). Svi su oni dio te kompaktne komisije.¹¹ Stoga dijelom zbog deskriptivnosti i nepreciznosti tadašnjega pravnog izričaja (koji se ogleda i u toj ispravi), a dijelom i zbog toga što takvi „lokalni“ i prigodni (*ad hoc*) procesi nisu inzistirali na strogim procesnim razlikovanjima, nemoguće je rješavanje spora između Lovrana i Mošćenica sagledavati iz suvremene procesne perspektive čistih procesnih distinkcija, pa čak ni iz perspektive tada prevladavajućega rimsko-kanonskog procesa u kojemu su procesne pozicije bile oštro razdijeljene.¹²

U tom procesnom odnosu i nedostatnoj razlučenosti procesnih uloga na početku isprave, kao prvi procesni sudionik zabilježen je *il Sig[no]r Hilario de Benedetti, interueniente dell' Ill[ustriss]mi Sig[no]ri Conti Flangini*. S današnjega bi gledišta bilo logično očekivati da se, nakon navođenja stranaka u sporu, naznače njihovi predstavnici ili pravni zastupnici. Međutim, u feudalnoj strukturi srednjeg i novoga vijeka kao zainteresirane osobe, pa gotovo kao stranke u procesu, osim dviju susjednih općina, nužno se i sasvim logično nameću i imatelji izravnoga vlasništva (lat. *dominium directum*) u njima.¹³ U tom kontekstu treba sagledavati procesnu ulogu i pravnu funkciju gospodina *Hilario de Benedetti* u razgraničenju između Lovrana i Mošćenica. Prema izričitom navodu u ispravi koji ga takvim kvalificira, on sudjeluje u sporu kao „intervenijent“ (umješač) za plemenitu gospodu grofove Flanginijeve. Kako je feudalčev interes nemoguće kvalificirati kao javnopravni ili privatnopravni,

11 Takve komisije od razvijenoga srednjeg vijeka poznate su i redovito prisutne u međuopćinskim razgraničenjima, ali i u sklopu unutaropćinskih sporenja različitih vrsta koji su bili važni za matičnu općinu. Za utvrđivanje granica po općinskoj komisiji prema odredbama *Mošćeničkog statuta* iz 1637. godine vidi: Milović, Đ., Mošćenički statut iz 1637. godine, Sarajevo, Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu, vol. 23, 1975, str. 124, 131-132.

12 Uzelac, A., Teret dokazivanja, Zagreb, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, 2003, str. 48-51.

13 *Dominium directum* niža razina vlasništva od *dominium eminens*, ali učinkovitija, jer takav vlasnik drži zemljište i upravlja njime. Ono nužno ne podrazumijeva jurisdikciju (sudsku, fiskalnu, zakonodavnu) koju mu je dodijelio vladar. Izravni je vlasnik taj koji ima pravo prisile i provodi je prema obrađivačima. *Dominium directum* njegovog imatelja kvalificira kao feudalnoga gospodara. Taj oblik vlasništva podrazumijeva jurisdikciju, tj. javnopravnu vlast i nad zemljištima i nad podanicima. Mäkinen, V., Property Rights in the Late Medieval Discussion on Franciscan Poverty, *Recherches de théologie et philosophie médiévales*, vol. 3, Leuven, Peeters, 2001, str. 16-17. Vidi i: Reynolds, S., Before Eminent Domain: Toward a History of Expropriation of Land for the Common Good, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 2010, 90; Milotić, I., Pravni aspekti uspostave habsburške vlasti u Istri 1374. godine, Pazin – Motovun, Habsburgovci i Istra u pravu i povijesti, Zbornik radova s petoga Motovunskog kolokvija održanoga 17. studenog 2018. u Motovunu, 2019, str. 15-16.

nemoguće je i utvrditi kakav je interes on štiti (javni ili privatni). Kakav god da je bio, on je izravno bio povezan s obitelji Flanginijevih, što je izriječom i naznačeno u ispravi.

Da bi se shvatila Hilarijeva uključenost u spor i njegova kvalifikacija *interveniente* potrebno je najprije razjasniti položaj i ulogu grofova Flanginijevih. U historiografiji Istre riječ je o poznatoj i dobro dokumentiranoj mletačkoj obitelji koja je 26. travnja 1644. godine, dakle neposredno prije nastanka spora između Lovrana i Mošćenica, kupnjom kao *un pegno eufemistico perpetuo* za 350.000 forinti stekla izravno vlasništvo nad Pazinskom knežijom pritom priznavši habsburšku vrhovnu vlast i njihov *dominium eminens*.¹⁴ Habsburgovci su pod nerazjašnjenim okolnostima stekli vrhovno vlasništvo nad Lovranom (i Brsečom) još u prvoj polovici 15. stoljeća, što je ranije negoli su 1465. godine uspostavili vlast nad Liburnijom.¹⁵ S obzirom na sve rečeno, u vrijeme sastavljanja isprave o graničnom sporu koja je predmet ovoga rada Lovran je već dvije stotine godina priznavao vrhovnu habsburšku vlast, dok je od 1644. godine feudalnu vlast nad njime (izravno vlasništvo), kao i nad čitavom Pazinskom knežijom, imala obitelj Flanginijevih.¹⁶ Stoga, premda Flanginijevi formalno nisu bili stranka u ovome sporu, nego je to bila habsburška općina Lovran, Flanginijevi su kao izravni vlasnici (feudalni gospodari) Lovrana imali izraziti pravni interes vezano za razgraničenja Lovrana i Mošćenica. Te 1646. godine to nije bilo samo međuopćinsko razgraničenje, nego istovremeno i dalekosežnije razgraničenje između dvije teritorijalno-političke cjeline i interesne sfere jer su Mošćenice jurisdikcijski potpadale pod Rijeku.¹⁷

U sporu Lovrana i Mošćenica „intervenijent“ (umješač) Hilarije pokazuje se kao zaštitnik pravnih i svakih drugih interesa feudalnih gospodara Flanginijevih. On u sporu nije predstavnik ili pravni zastupnik stranke (tj. lovranske općine), i kao takav nije naznačen niti je to mogao biti. Može se i zaključiti da je Hilarije u tom sporu personifikacija feudalnih gospodara – Flanginijevih te da njegovo pribivanje sporu simbolično označava pribivanje Flanginijevih. Hilarije djeluje u ime i za račun Flanginijevih te su oni ti koji su pravi umješači, premda je u ispravi takvim naznačen Hilarije. U ispravi nema posebnih navoda o tome kako je „intervenijent“ djelovao, tj. što je konkretno poduzimao i kako se postavljao, što i nije bilo potrebno, jer je on bio dio spomenute kompaktne komisije. Kako navedenu komisiju treba sagledavati kao

14 De Franceschi, C., *Storia documentata dell a Contea di Pisino*, Trst, Atti e memorie della Societa istriana di archeologia e storia patria, vol. 10-12, 1964, str. 109-110. O tome vidi: Bertoša, M., *Mletačke arhivske vijesti o buni seljaka u Pazinskoj grofoviji godine 1653.*, Rijeka – Pazin, *Vjesnik historijskih arhiva u Rijeci i Pazinu*, vol. 18 1973, str. 153-154.

15 De Franceschi, C., op. cit., str. 402-403, prema Margetić, L., *Povijesno-pravni aspekti starog Lovrana*, Rijeka, *Liburnijske teme*, vol. 6, 1987, str. 56; Leideck, M., *Lannd Ze Ysterreich. Ustroj, teritorijalna nadležnost i unutarnje granice posjeda austrijske Istre od 1374. do 1797. godine*, *Mletačko-austrijska granica u Istri*, Pula, Arheološki muzej Istre, 2017, str. 140.

16 U upravnom sustavu Lovran (*Stadt Lauran*) bio je dio Kastavske gospoštije i tamošnjega kapetanata i kao takav je zabilježen na urbarijalnim propisima Pazinske knežije. *Ibid.*, str. 149; Margetić, L., *Neobjavljeni rukopis Mošćeničkog zakona*, Zagreb, *Fontes: izvori za hrvatsku povijest*, vol. 3, 1/1997, str. 101-102; Klen, D., *Urbar Pazinske grofovije (1498.)*, Rijeka – Pazin, *Vjesnik historijskih arhiva u Rijeci i Pazinu*, vol. 14, 1970, str. 81-84.

17 Leideck, M., op. cit., str. 157.

nedjeljivu cjelinu, ne može se izvesti drukčiji zaključak negoli da je Hilarije štiteći interese Flanginijevih mogao predlagati, poduzimati i prisustvovati svim procesnim radnjama kao i ostali članovi te komisije (koji su, poput njega poimenično naznačeni). Kako je rečeno, Hilarije formalno (nominalno) nije bio stranka u sporu niti njihov predstavnik ili zastupnik, ali se njegov procesni položaj od njih ni po čemu nije razlikovao.

Sagledavajući okolnosti spora i bit Hilarijevog položaja te njegovu oznaku kao *interveniente*, razabire se pojmovno i institucijski precizno izgrađen pojam „intervenijenta“ (umješača). Ni po čemu se opisani Hilarijev položaj u svojoj biti, tj. konceptualno, ne razlikuje od intervenijenta u suvremenom parničnom procesnom pravu.¹⁸ Takva precizna, složena i duboko pravna konstrukcija zasigurno nije posljedica mjesnih lovranskih prilika ili izričaj običajnoga prava feudalne epohe. Naime, kada pravo koje je samoniklo u feudalno doba pribjegava složenijim pravnim konstrukcijama, to uvijek povlači i opsežnu te nepreciznu administrativno-funkcionalnu deskripciju u izričaju opterećenu suvišnostima i ponavljanjima. U ovoj ispravi umješač je naznačen jednom riječju, dakle kratko i precizno odgovarajućim *terminus technicus*, koji je očigledno latinske provenijencije, a ne rezultat mjesnih pravnih prilika.

Taj latinski pojam (lat. *interventio/interventor*) neznatno je zastupljen u hrvatskom srednjovjekovlju,¹⁹ a jednako stanje u širim europskim okvirima odražava i Du Cangeov „*Glossarium mediae et infimae latinitatis*“.²⁰ Međutim, pojam je razmjerno dobro poznat iz latinskoga jezika te rimskih pravnih i nepravničkih izvora u kojima označava utjecaj, umješavanje i aktivnost povezanu s davanjem osiguranja ili postizanjem sigurnosti.²¹ U rimskim pravnim izvorima susreće se u značenju pomaganja, potpore, ali i kao umješavanje suca u neku stvar na njegovu vlastitu inicijativu.²² *Interventor* je u privatnopravnom smislu osoba koja nije ugovorna strana (dakle ni vjerovnik ni dužnik), ali se u taj odnos umiješa kao davatelj jamstva (lat. *fideiussor*).²³ U nepravnom smislu to je treća osoba koja nadolazi ili dolazi u posjetu (posjetitelj)²⁴ ili svakako umješač, pa čak i medijator.²⁵ Posebno je važan navod rimskoga klasičnoga pravnika Gaja koji ga u sudskom procesu kvalificira zamjenikom za novoga tužitelja ili tuženika dokle ovaj sam ne preuzme svoju procesnu ulogu ili

18 Umješač je osoba koja se pridružuje jednoj od stranaka u sporu i kojoj interes da stranka kojoj se pridružila uspije u parnici. Triva, S. i Dika, M., Građansko parnično procesno pravo, Zagreb, Narodne novine, 2004, str. 451-457.

19 *Lexicon latinitatis mediae aevi Jugoslaviae*, vol. 1, Zagreb, JAZU, 1973, str. 605.

20 Du Cange, C. F. i dr., *Glossarium mediae et infimae latinitatis*, éd. augm., Niort, L. Favre, 1883.-1887., t. 4, col. 398b-c.

21 Lewis, C. T. i Short, C., *A Latin Dictionary*, Oxford, Clarendon Press, 1879, *intervenio*; Berger, A., *Encyclopedic dictionary of Roman law*, Philadelphia, Transactions of The American Philosophical Society, vol. 43, 1968, str. 515.

22 Pomp., D.33.1.7.

23 Ulp., D.15.1.3.5.; Ulp., D.15.1.3.9.; Ulp., D.15.4.1.5.

24 Cicero, *De fato* 1,2.

25 Lampridius, *Historia Augusta – Commodus* 4; Cicero, *De partitione oratoria* 8, 30. Vidi i: Traianus, *Epistula ad Plinium* 10, 68.

vođenje parnice za trećega, tj. u njegovo ime.²⁶ Dakle, prema Gaju, to je treća osoba koja je uključena u sudski proces u cilju da na neki način štiti interese trećega.

Rimsko-kanonski proces ne poznaje umješača. Ne nalazi se u Durantisovu „Speculum iudiciale“ iz 1271. koji se sve do modernoga doba smatra *procesnom Biblijom*, ali ni u pridodanom katalogu pojmova u 4. knjizi. Ne spominju ga ni Litevski²⁷ ni Nörr²⁸ u svojim sustavnim prikazima rimsko-kanonskog procesa, a ni Uzelac u dijelu svoje knjige koji se odnosi na teret dokazivanja u rimsko-kanonskom procesu.²⁹

S obzirom na to da umješač (lat. *interveniente*) sigurno nije u ispravu koja je predmet ovoga rada preuzet iz rimsko-kanonskog procesa niti iz mjesnog običajnog prava lovransko-mošćeničke provenijencije, čini se da je jedini održivi zaključak njegovo preuzimanje povezano s rimskim pravom, ali vjerojatno ne izravno, nego posredstvom *ius commune* u 17. stoljeću. Tomu u prilog govori odgovarajući vremenski i teritorijalno-politički kontekst, naznake o rimskoj pravnoj tradiciji u novovjekovlju koja se baš u ovoj prostornoj odrednici u to doba pokazivala u izvansudskom rješavanju sporova,³⁰ zatim činjenica da ni pazinska ni riječka jurisdikcija nisu, za razliku od mletačkih ili crkvenih jurisdikcija toga vremena, odbacivale primjenu *ius commune* (dapače, njegovale su tu tradiciju). Za razliku od mletačkih općina koje se u pravnom izričaju nisu referirale na latinsko nazivlje i rimsku pravnu tradiciju, isprava koja je predmet ovoga rada, premda je pisana talijanskim, kada se govori o tehničkim pravnim pojmovima i izričajima sadržava čiste latinizme koji su talijanizirani. *Interveniente* je takav ogledan primjer.

4. BONI HOMINES U LOVRANSKO-MOŠĆENIČKOM RAZGRANIČENJU IZ PERSPEKTIVE OPĆIH PRAVNIH TRENDOVA U SREDNJOVJEKOVNOJ I NOVOVJEKOVNOJ EUROPI

U ispravi o razgraničenju između Lovrana i Mošćenica na dva se mjesta spominju *buoni huomini*. Već se *prima facie*, s obzirom na taj zapis, razabire da je riječ o izvorno latinskom pojmu koji je u prostornoj odrednici Lovrana i Mošćenica u određenoj (blagoj) mjeri izričajno talijaniziran. Nepravniku se ta sintagma može činiti obična i odrazom nepreciznog funkcionalno-administrativnog stila tadašnjeg jezika prava, ali i uporabe diplomatskih predložaka. Međutim, u kasno srednjovjekovnom i novovjekovnom pravu na Zapadu taj izričaj ima precizno i univerzalno značenje te je često dokumentiran gotovo isključivo u svezi s procesima rješavanja susjedskih

26 Gaius, *Institutiones* 3, 176; 4, 86-87; 4, 182.

27 Litewski, W., *Die römisch-kanonisches nach den älteren ordines iudicarii*, vol. I-II, Krakow, Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellonskiego, 1999.

28 Nörr, K. W., *Romanisch Kanonisches Prozessrecht Erkenntnisverfahren Erster Instanz*, Berlin – Heidelberg, Springer, 2012.

29 Vidi bilj. 12.

30 Npr. Strohal, R., Nešto o pravnom životu hrvatskoga naroda u austrijskoj Istri u 16. i 17. vijeku, Zagreb, Mjesečnik Pravnikačkoga društva u Zagrebu, vol. 37, 2/1911, str. 780-783; Milotić, I., *Sententia Tridentina – pravna analiza i tumačenje*, op. cit., 335-361.

sporova o granici.³¹

Boni homines u različitim se izričajnim inačicama pojavljuju u europskoj diplomaciji od ranog i razvijenoga srednjeg vijeka pa sve do duboko u novovjekovlje. Pojavljuju se u različitim pravnim situacijama i materijama, međutim, posebno specifično i učestalo dokumentirani su u sudskim i posebno izvansudskim (arbitražnim) procesima na prostoru od Britanije i Španjolske te Portugala, preko Francuske sve do Italije. Koncept *boni homines* izgrađen je po uzoru na rimske *boni viri*,³² a katkad se čak i u srednjovjekovnoj i novovjekovnoj diplomaciji tako i nazivaju.³³ Njihovo spominjanje i prizivanje u sporovima pri njihovu izvansudskom rješavanju uvijek povlači oslanjanje na neke ugledne muškarce (lat. *boni viri*) u zajednici koje prati dobar glas, neporočnost, koji imaju odgovarajuće iskustvo i ničime okaljani ugled te čija aktivnost čvrsto počiva na dobroj vjeri i pravičnosti, objektivnosti i nepristranosti.

Za *boni homines* u srednjem vijeku, kada su oni uključeni u proces rješavanja spora, ističe se da najčešće nemaju ulogu adjudikatora u užem smislu (sudaca ili arbitara), ali da s njima zajedno zasjedaju i djeluju u sklopu komisije koja je uključena u rješavanje spora. Dakle, oni najčešće djeluju u izvansudskim procesima koji se u pravilu pojavljuju kao arbitraže. Na tome shvaćanju od ranoga srednjega vijeka naovamo oblikovana je ideja te potreba njihova sudjelovanja u procesima rješavanja sporova, posebno graničnih kada su se rješavali izvansudski.³⁴ Utoliko se njihovo svojstvo u procesima rješavanja spora razlikuje od rimskih *boni viri*,³⁵ koji su spor sami rješavali, tj. potonji su bili adjudikatori. Osim stranaka u sporu i njihovih zastupnika te *boni homines*, u procesima rješavanja spora često se u sklopu navedene komisije pojavljuju i treće osobe. One nemaju ulogu *boni homines* u konkretnom sporu nego je njihov procesni položaj i funkcija drukčija.³⁶ To bi u sporu između Lovrana i Mošćenica bili, primjerice, „intervenijent“ (umješač) Hilarije, općinski vijećnici jedne i druge strane i kancelar. Oni samo pribivaju rješavanju spora (lat. *adstantes*) i njihova uloga te radnje *stricto sensu* ograničene su samo na konkretan proces, za razliku od *boni homines* koji su prizvani radi svojih znanja, iskustava, uvida u sporno pitanje, njegova posebnog razumijevanja, ali neovisno o njegovu sadašnjemu rješavanju te ih k tome društvena zajednica poima kao neporočne, poštene, pravedne, objektivne i nepristrane. Dok je kod *adstantes* važan samo okvir procesa koji je u tijeku, za kvalifikaciju nekog kao *bonus homo* i njegovo uključivanje kao takvog u

31 Maurer, H., ‘Grenznachbarn’ und *boni homines*. Zur Bildung kommunikativer Gruppen im hohen Mittelalter, Vorträge und Forschungen: Mediaevalia Augiensia, Stuttgart, vol. 54, 2001, str. 101-123.

32 Milotić, I., Arbitral Resolution of Disputes by Good Man (*Bonus Vir*) in Roman Law and European Legal Tradition, Zagreb, Croatian Arbitration Yearbook, vol. 15, 2008, str. 169-189.

33 Nehlsen-von Stryk, K., Die *boni homines* des frühen Mittelalters, unter besonderer Berücksichtigung der fränkischen Quellen, Berlin, Duncker und Humblot, 1981, str. 308-309.

34 *ibid.*, str. 135-139.

35 Szabó, T., Zur Geschichte der *boni homines*, Siena, Uomini paesaggi storie. Studi di storia medievale per Giovanni Cherubini, vol. 1, 2012, str. 314-317; Welti, M., ‘VIR BONUS’/‘HOMO BONUS’/‘PREUDOME’: Kleine Geschichte dreier nahe verwandter Begriffe, Hamburg, Archiv für Begriffsgeschichte, vol. 38, 1995, str. 48-65.

36 Davies, W., *Boni homines* in Northern Iberia: A Particularity that raises some general questions, Oxford, Italy and Early Medieval Europe: Papers for Chris Wickham, 2018, str. 70-71.

spor važno je ono što je prethodilo procesu rješavanja spora. Pri tumačenju standarda ističe se da *boni homines* čak i tijekom trajanja procesa glede sporne stvari mogu poduzimati radnje koje se izravno i *stricto sensu* ne tiču tog spora.³⁷

U opisanu opću kvalifikaciju *boni homines*, koja se susreće u europskome srednjovjekovlju, u cijelosti se uklapaju *buoni huomini* iz lovransko-mošćeničkog razgraničenja iz 1646. godine. Na konkretnom primjeru razgraničenja jasno se prepoznaje izraziti utjecaj europskog *ius commune* toga vremena na mjesna pravna shvaćanja, tj. na uniformno razumijevanje standarda *boni homines* i u europskim i u mjesnim lovransko-mošćeničkim okvirima.

Postavlja se pitanje o funkciji te napose o procesnoj ulozi *boni homines* u razgraničenju između Lovrana i Mošćenica iz 1646. godine. Te muškarce treba okvalificirati kao ljude izvan spora, tj. može se reći s procesnoga gledišta jedine sudionike u toj komisiji koji su u pravom smislu od svega slobodni. Naime, u relevantnom se izvoru navodi da je za provedbu razgraničenja između Lovrana i Mošćenica utemeljen *ad hoc* sud. Taj se sud sastoji od stranaka, njihovih zastupnika – župana,³⁸ redovnih sudaca³⁹ i umješača. U tu skupinu treba pribrojiti i općinske vijećnike. Njihova poveznica i svojevrzni zajednički nazivnik je to što vezano za spor imaju izražen interes, tj. s obzirom na rezultat njegova rješavanja za sebe ili osobe koje zastupaju, predstavljaju ili štite njihove interese, očekuju neku imovinsku povoljnost ili negativnu posljedicu. *Buoni huomini*, za koje se dodatno ističe da su *del Popolo*, u tom sporu utjelovljuju bezinteresnu skupinu u pogledu spora i njegova rezultata. Oni se u cijelosti uklapaju u širu (europsku) sliku *boni homines* kao nekoga tko je izvan, tj. slobodan od spora. Njihova uloga u tome bila je garancijska. S obzirom na njihove osobne kvalitete i autoritet koji su im očito pridavale obje zajednice izabravši ih, a koje su same bile stranke u tom sporu, *boni homines* trebali su osigurati poštenost, pravednost, objektivnost i nepristranost postupanja i odlučivanja, a da ostvaruju utjecaj na to kako će izrjeka odluke glasiti, tj. u čiju će korist ona na kraju ići.

Stoga *boni homines* u razgraničenju Lovrana i Mošćenica nisu tek procesni subjekti, nego ponajprije pravni standard usmjeren na očuvanje objektivnosti suđenja koji je uvjetovan subjektivnim svojstvima svakoga *bonus homo*. U zaštitničkom svojstvu, da proces bude „fer“ smisao se njihove uključenosti u spor poistovjećuje s interesima naroda (lat. *del Popolo*). Oni su sami iznikli iz toga naroda (neovisno pripadaju li Lovranu ili Mošćenicama) i u narodu postoji prešutni sporazum o tim njihovim povoljnim svojstvima. Kao i u tadašnjoj Europi, a posebno u onoj na

37 *ibid.*, str. 70-71.

38 Župan se redovito spominje u pravnim propisima ovoga kraja, neovisno je li riječ o razgraničenju, sporenju općenito, sastavljanju zakona i statuta i sl. Vidi, primjerice, *Zakon kaštela Mošćenica* (1627.) 2v, 3v, 5v, 7v, 9v, 10r; *Statut Mošćeničana* (1483.) 5(3r), 7(4r), 12(6v).

39 U Mošćenicama, kao i, primjerice, u Boljuni, redovni sudac bio je *sudac od leta*. Na mandat od godinu dana birao ga je, tzv. mali komun, tj. svi isluženi župani i suci. Tako se redovni sudac svake godine birao iz redova uglednih muškaraca. Strohal, R., op. cit., str. 780-781. Međutim, to ujedno znači da taj *giudice ordinarij* nije imao nikakvih pravnih znanja, osim uvida u mjesno pravo običajne provenijencije. Takve osobe nisu mogle sastavljati ispravu koja je predmet ovoga rada niti u nju unositi pravnotehničke pojmove koji pripadaju tada univerzalnoj pravnoj tradiciji (lat. *ius commune*).

razmeđu ranog i razvijenoga srednjeg vijeka, *boni homines* u lovransko-mošćeničkom razgraničenju nositelji su legitimne intervencije javnosti (tal. *del Popolo*) u spor. U njemu su oni svojevrsno predstavništvo stanovnika obje stranke čiji je temeljni zadatak zaštita javnih interesa. Prema tome, *in casu concreto* su ovlasti *boni homines* i područje te mogućnost njihova procesnog djelovanja uvelike širi od onih osoba koje su samo *adstantes*.⁴⁰

Vjerodostojnost takvog tumačenja potvrđuje i činjenica da se korištenje pojma i standarda *boni homines* najduže održalo u Italiji, dok je drugdje ono iščeznulo tijekom različitih etapa srednjega vijeka.⁴¹ Prema relevantnim autorima (Wickham, Davies, von Stryk i dr.) riječ je o pravnom standardu karakterističnom i raširenom u ranoj i razvijenoj etapi srednjeg vijeka (kada je i oblikovan i odgovarajuće izražen), ali koji je na području Italije dosta dugo nadživio spomenute povijesne epohe. Isprava koja je predmet ovoga rada odražava latinski duh koji je jezično talijaniziran. S obzirom na lokaciju Lovrana i Mošćenica (koje su smještene blizu sjeveroistočnog ruba Italije) i s obzirom na jezik, ali i uzevši u obzir vidljive utjecaje romanske pravne kulture koji su dopirali iz obližnje Italije zajedno s *ius commune*,⁴² korištenje tog duboko srednjovjekovnog standarda 1646. u ovom razgraničenju uklapa se u opći pravno-povijesni kontekst. Činjenica da je riječ o 1646. godini, tj. puka kronologija, ne znači da Lovran i Mošćenice te njihove pravne kulture i općedruštveni mikrouniverzumi svojom biti ne pripadaju upravo tim etapama srednjovjekovlja (u kojemu su *boni homines* izgrađeni i bili najrašireniji na Zapadu).

5. IZVANSUDSKO RJEŠAVANJE SPORA IZMEĐU DVIJU OPĆINA I JURISDIKCIJA

Rješavanje graničnoga spora između Lovrana i Mošćenica 1646. godine ne može se okvalificirati kao suđenje, pa time ni izjednačiti sa sudovanjem u unutaropćinskim sporovima, kakvi su primjerice, u toj prostornoj odrednici dobro poznati te znanstveno obrađeni na temelju mošćeničkih zakona i statuta. Razgraničenje između Lovrana i Mošćenica nije bilo tek međuopćinsko i stvar samo mjesnih odnosa, nego je imalo dalekosežnije posljedice jer se provodilo između dviju velikih feudalnih jurisdikcija i

40 Wickham, C., Public court practice: the eighth and twelfth centuries compared, Köln, Rechtsverständnis und Konfliktbewältigung, 2007, str. 28.

41 Davies, W., op. cit., str. 71.

42 To je izravno posvjedočeno u kaznenim odredbama *Mošćeničkog statuta* iz 1637. godine. Ako je riječ o suđenju u velikim kaznenim stvarima i slučajevima (*uà uellikeh suarah i caseh*), osim redovnog suđenja u vijeću koje se sastoji od kapetana, dva suca i deset starješina, dopušta se prizivanje *giednoga naucenoga Doctura* (list 22 i 24; vidi: Milović, Đ., op. cit., str. 134, 136). Taj je *Doctur* sveučilišno školovani *doctor iuris*, jedini obrazovani pravnik koji se spominje u Statutu. Spominjanje školovanih pravnika (od lat. *doctores*) označava prizivanje pravnika profesionalaca koji su u to vrijeme bili školovani najčešće na nekom sveučilištu u sjevernoj Italiji. Posredstvom tih pravnika, koji su školovani u duhu rimskog i rimsko-kanonskog prava, prodiralo je *ius commune* na ovo područje. Znakovito je da se prisustvo takvih pravnika spominje upravo u prostornoj odrednici u kojoj više diplomatičkih izvora (koji se obrađuju u ovom radu) dokumentira institute, pojmove i izričaje pripadne rimskoj i rimsko-kanonskoj tradiciji.

interesnih sfera – pazinske i riječke. U literaturi je baš na primjeru Istre i *Tridentiskog pravorijeka* iz 1535. godine (koji dokumentira austrijsko-mletačko razgraničenje) zamijećeno da je riječ o rješavanju sporova između dviju teritorijalno-političkih tvorevina, faktički nije moguće rješavanje takvoga spora podvrgnuti sudskoj jurisdikciji jedne od njih, ili nepostojećoj ili kakvoj višoj jurisdikciji neke treće takve cjeline. Pretpostavka koliko-toliko učinkovitoga rješavanja takvog spora je da stranke postignu sporazum o arbitražnom rješavanju te da se podvrgnu takvome sporazumu uz određivanje mjerodavnoga prava za to.⁴³ Osim sudbene jurisdikcije, kao dodatni izazov u tim situacijama nameće se pitanje o osnovici odlučivanja, tj. koje će se pravo uzeti u obzir kao mjerodavno i hoće li se te koliko u obzir uzimati faktično stanje (posjedovanje). Zbog svega navedenoga isključiva primjena shvaćanja jednog (pazinskog/lovranskog) ili drugoga (riječkog/mošćeničkog) prava zasigurno nije dolazila u obzir.⁴⁴

Složeni i divergentan sastav komisije koja rješava spor između Lovrana i Mošćenica, zatim izostanak općinskih sudaca koji u sporu djeluju u sklopu redovne nadležnosti svoje matične općine, a s druge strane uključenost dvojice općinskih sudaca (svaki iz jedne) u navedenu širu komisiju, u kojoj ne djeluju kao suci u tom sporu nego samo kao članovi komisije, navodi na zaključak da ova isprava ne dokumentira sudski proces. Stoga naznaka sudaca (*giudice ordinarij*) ne smije čitatelja navesti na pogrešan zaključak da oni djeluju kao takvi te u sklopu svoje redovne nadležnosti u navedenoj komisiji ili da bi ovdje mogla biti riječ o sudskom procesu koji se odvija prema mjesnim procesnim pravilima. Situacija je upravo suprotna.

U toj se komisiji jasno razabire i duplicitet uloga (primjerice, dvojica župana, dvojica sudaca, jedna skupina *boni homines* bez navoda odakle (sigurno iz Lovrana),⁴⁵ pa *boni homines* iz Mošćenica, izrijeком navedeno odakle, zatim vijećnici s jedne i druge strane).

Nemogućnost sudskog rješavanja tog spora, divergentnost komisije te duplicitet procesnih uloga koje su jednako raspodijeljene s obzirom na dvije stranke u sporu naznačuje da je ovo rješavanje spora posljedica prethodnog dogovora dviju stranaka. Dogovor o potrebi rješavanja spora vjerojatno je postignut nakon fizičkoga sukoba koji je na granici u uvali Cesara izbio u prosincu 1645. godine.⁴⁶ Takvom shvaćanju

43 Milotić, I., *Sententia Tridentina – pravna analiza i tumačenje*, op. cit., str. 341.

44 loc. cit.

45 *Et auanti honorandi Suppano Bernaba Franul, Giudice Michaelle Villanich Ordinarij, et altri honorandi Conseglieri, et alquanti buoni huomini del Popolo. Come et honorando Suppano Gregorio Mognia, et Giudice Bartolomio Negouitich Ordinarij Sig[no]r Francesco Negouetich loro Canciliere con altri loro honorandi Conseglieri ...*

Dakle, ... iz lovranske općine to su župan Bernaba Franjul i sudac Mihael Vilanić, a iz mošćeničke župan Gergur Monja, sudac Bartolomej Negovetić i kancelar Frančesko Negovetić. Prijevod prema: Eterović, I. i Doričić, R., op. cit., str. 30.

46 Ne treba isključiti ni to da je za to rješavanje spora važnu ulogu imala činjenica da je do fizičkoga sukoba na granici došlo u Došašću, tj. u predbožićno vrijeme. Vrijeme oko Božića (od Došašća do Bogojavljenja) vrijeme je pomirbe i izravnavanja računa za proteklu godinu kako bi se u novu moglo krenuti čisto i bez opterećenja. Moguće je da je brzini rješavanja toga spora, učinkovitosti i tomu da je odluka postignuta suglasjem pogodovalo upravo ovo specifično vrijeme u godini i vjerske silnice za pomirenje koje tada najviše dolaze do izražaja.

spora doprinosi i to što u njemu nema uobičajene procesne raspodjele uloga na tužitelja i tuženika, nego to da se u procesu razgraničenja prvotno vodi računa o interesima stranaka i njihovih stanovnika. Dodatno tome dojamu doprinosi i to što prije nastanka naznačenoga spora nije moglo biti institucionalizirano sudište za te vrste (međujurisdikcijskih) sporova, nego da je taj sud, koji dokumentira isprava, utemeljen *ad hoc* prethodnim sporazumom stranaka u sporu te *una causa*, samo za rješavanje tog konkretnoga graničnog spora.

Izostanak institucionalizacije suda iz 1646. godine, tj. činjenicu da je on prestao postojati čim je razgraničenje utvrđeno (lat. *functus officio*),⁴⁷ ukazuje jedan drugi kasniji spor koji se rješavao baš na tom mjestu, u uvali Cesara. Od 7. kolovoza 1742. godine potječe diplomatsko svjedočanstvo o sporu između Lovrana i Mošćenica (tj. jurisdikcijski između Pazinske knežije i Kastavske gospoštije), o utvrđivanju ribolovnih prava na graničnom području između dviju općina u uvali Cesara, u kojemu je utvrđeno da će stranke ubuduće po načelu par-nepar koristiti se uvalom Cesara sa svim njezinim prihodima i pravom ribolova na godinu dana.⁴⁸ Premda je spor iz 1742. dosta sličan, pa čak i analogan onomu iz 1646. (isto mjesto, stranke, sporno pitanje i dr.), u pogledu identiteta suda i procesa u kojemu se spor rješavao to su dvije sasvim različite pojavnosti među kojima nema ni najmanje poveznice.

Uzevši sve u obzir može se ustvrditi da je u ispravi o razgraničenju između Lovrana i Mošćenica iz 1646. godine dokumentirana arbitraža koja, s obzirom na dataciju pripada srednjovjekovnom/novovjekovnom svijetu, ali umnogome (konceptualno, terminološki i izričajno) slijedi model rimskoga prava. Rješavanje lovransko-mošćeničkog spora moglo se temeljiti samo na sporazumu (koji se i u srednjem te novom vijeku označava pojmom *compromissum*), a duplicitet i jednolikost raspodjele procesnih uloga podudarna je s prevladavajućim shvaćanjima u arbitraži rimskoga ranog i srednjeg klasičnog prava. S obzirom na njih, svaka strana u sporu pri sporazumijevanju o arbitraži bira svojeg arbitra (= suca), što se dosljedno primijenilo i na ovom primjeru jer Lovran i Mošćenice biraju svaki svoje *adstantes* i *boni homines*. Među *adstantes* Lovran i Mošćenice imenuju svaki svojega župana, a uz njega i po jednog vlastitog općinskog suca (lat. *giudice ordinarij*). Takva konstelacija procesnih odnosa među dvjema strankama podrazumijevala je da se spor mora riješiti suglasnošću svih sudionika, tj. da ne može među njima biti razmimoilaženja. Kako dvostranačje odražava i konceptualnu dvojakost procesnih uloga, različita shvaćanja o načinu rješavanja spora nisu bila održiva. Ako se o nekom rješenju nisu mogli usuglasiti, bilo je potrebno pribjeći nekom drugom rješenju ili načinu rješavanja spora. Rimsko je pravo to prevladalo tek u kasno klasično doba kada je kazuistika inzistirala da subjekti koje su izabrale stranke u sporu (arbitri) među sobom izaberu treću osobu koja će se u njihova slučaju neslaganja svojim shvaćanjem riješiti spor.⁴⁹

47 Te okolnosti postanja i prestanka arbitražnog suda i danas su izrazito obilježje neinstitucionalnih arbitražnih sudova. O tome, u: Triva, S. i Dika, M., op. cit., str. 857-858.

48 Munić, D., Dokument, op. cit., str. 140-141; Munić, D., Utvrđivanje, op. cit., str. 64.

49 *Principaliter tamen quaeramus, si in duos arbitros sit compromissum, an cogere eos praeter debeat sententiam dicere, quia res fere sine exitu futura est propter naturalem hominum ad dissentendum facilitatem. In impari enim numero idcirco compromissum admittitur, non quoniam consentire omnes facile est, sed quia et si dissentiant, invenitur pars maior, cuius*

Unatoč prilagodbi i donekle promjeni njihove uloge, *boni homines* (= *buoni huomini*) iz lovransko-mošćeničkog razgraničenja na razini osnovnog koncepta i njihove funkcije odgovaraju rimskim *boni viri*, tj. *arbitri boni viri*. U rimskom pravu *boni viri* kao arbitri rješavaju spor držeći se *bona fides* i pravičnosti kao ultimativnih kriterija. U konkretnom razgraničenju *buoni huomini* dio su komisije koja odlučuje u graničnom sporu, međutim, za razliku od drugih članova te komisije (*adstantes*), oni u tome nastupaju bezinteresno, objektivno i nepristrano te osiguravaju da je čitav proces pravičan te da se uzme u obzir šira slika, tj. sve odlučne pravne i nepravne čimbenike te činjenice, neovisno jesu li izravno povezani sa sporom ili samo neizravno (tradicijski pravni režim, pripadnost područja, posjedovanje, ograničenost prirodnih izvora, postupci razgraničenja, stariji pravorijeci o razgraničenju, pravičnost i dr.).

Ako se rješavanje spora između Lovrana i Mošćenica 1646. godine shvati kao arbitraža, ono se i sadržajno i vremenski te s obzirom na svoju funkciju *in casu concreto* u cijelosti uklapa u poimanje uloge arbitraže u europskom ranom novom vijeku. Posebno se to odnosi na okolnosti kada razgraničenje između dviju ili više teritorijalno-političkih cjelina nije bilo utvrđeno ili to nije bilo precizno provedeno, kao u slučaju Pazinske knežije u cjelini, tj. manjih gospoštija i općina koje je ona jurisdikcijski obuhvaćala. U tim je prilikama arbitraža u novovjekovlju bila rašireno pravno sredstvo za izbjegavanje ratnih sukoba te mehanizam za uspostavu ili očuvanje mira među strankama (različitim teritorijalno-političkim tvorevinama) u sporu.⁵⁰

Dotadno se mogu kontekstualno utvrditi još dva čimbenika koji upućuju da je konkretno riječ o arbitraži. Granični se spor rješava u diobenoj parnici čija je bit određivanje granične linije i pripisivanje pripadajućeg teritorija sa svake strane granice pojedinoj općini. Od rimskoga prava diobene parnice (lat. *iudicia divisoria*) gotovo su beziznimno rješavali arbitri u arbitraži, a ne suci u sklopu redovne sudske jurisdikcije.⁵¹ Ta (rimska) tradicija održala se u srednjem i novom vijeku, posebno ondje gdje je znatno dopiralo *ius commune*. Lovransko-mošćeničko područje, za razliku od, primjerice, mletačkoga na zapadu (u Istri), njegovalo je tradiciju rimskoga prava u sklopu *ius*

arbitrio stabitur. Sed usitatum est etiam in duos compromitti, et debet praetor cogere arbitros, si non consentiant, tertiam certam eligere personam, cuius auctoritati pareatur. U prijevodu: Ponajprije, ipak, postavljamo sljedeće pitanje. Ako su *compromissum* određena dva arbitra, može li ih pretor prisiliti na donošenje pravorijeka, jer može se dogoditi da se stvar nikad ne razriješi poznajući urođenu sklonost ljudi da se razilaze u mišljenjima. *Compromissum* će biti valjan ako je naveden neparan broj [arbitara], ne stoga jer je lako postići da se svi usuglase, nego jer i ako dođe i do razilaženja u mišljenjima, donijet će se odluka koju zastupa većina. Uvrježilo se u *compromissum* odrediti dvojicu arbitara, i tada treba pretor prisiliti arbitre da, u slučaju da im se mišljenja glade odluke razilaze, izaberu određenu treću osobu, čiji će se autoritet poštovati. Ulp., D.4.8.17.6.

50 Kampmann, C., *Arbiter und Friedensstiftung: Die Auseinandersetzung um den politischen Schiedsrichter im Europa der Frühen Neuzeit*, Paderborn, Ferdinand Schöningh Verlag, 2001, str. 14-15, 30-31; Ziegler, K.-H., *The influence of medieval Roman law on peace treaties, Cambridge, Peace Treaties and International Law in European History From the Late Middle Ages to World War One*, 2004, str. 147-161, posebno 151-152, ali i cjeloviti rad 147-161.

51 Npr. Roebuck, D. i De Loynes de Fumichon, B., *Roman Arbitration*, Oxford, Holo Books, 2004, str. 80-81; Romac, A., *Zakonik dvanaest ploča*, Zagreb, Latina et Graeca, 1994, str. 133, 135; Berger, A., op. cit., str. 343.

commune koje je ovamo snažno dopiralo. Daljnji čimbenik koji pridonosi tom našem uvjerenju, a povezan je s prethodnom tvrdnjom, jest to što je u bilježničkom gradivu koje se odnosi na Mošćenice dokumentirano arbitražno rješavanje graničnih sporova (lat. *diferenca*) među privatnicima uz korištenje procesnih (arbitražnih) koncepata, pojmova i izričaja očigledno preuzetih iz rimskoga prava. Mošćenički notar, pop Petar Lazarić, 11. listopada 1621. godine (dakle, otprilike istodobno kada je riješen lovransko-mošćenički spor) dokumentirao je *sentenciju* izrečenu u Mošćenicama koju je donio *albitar*, a kojom je riješen spor o *diferenciji* između nasljednika Jure Lazarića i Martina Mohovića. Ne želeći dublje ulaziti u tu arbitražu, ovdje se ističe da i zapis o njoj sadržava iznimno precizne i tehničke procesne termine i izričaje koji su pohrvaćeni latinizmi, i koji pripadaju arbitraži (*sentencija, albitri, diferenca, parti*). Zabilježena su i specifična procesna pravila o izvođenju dokaza (iskaz svjedoka) te drugi pravni instituti (*tištament, dota* i dr.). Svi pripadaju rimskom pravu i rimskoj pravnoj tradiciji srednjega i novoga vijeka, a važni su posredno i za kvalifikaciju i kontekstualizaciju spora koji je predmet ovoga rada.⁵²

6. IZVOĐENJE DOKAZA SASLUŠANJEM SVJEDOKA

U graničnim sporovima u relevantnom razdoblju gotovo isključivo se kao dokazna sredstva koriste iskazi svjedoka, isprave, karte i očevid. Iskazi svjedoka izrazito prevladavaju, dok je u sporovima poput ovog između Lovrana i Mošćenica (kada se rješava na spornome mjestu) očevid bespredmetan. Prevladavanje svjedoka treba tumačiti u kontekstu prevladavanja usmeno izgovorene riječi (lat. *viva vox*), tj. s obzirom na to da je zapisivanje općenito, a posebno sastavljanje isprava i karata u tom vremenu rijetko i nedostupno. Takva je situacija i u razgraničenju koje je predmet ovoga rada.

Pri iščitavanju ove isprave pozornost autora ovih redaka posebno je privukao navod u svezi sa saslušanjem svjedoka imenom *Gregorio* koji glasi kako slijedi: *Doie in nomi[na]ta Cessara essendo in tal tempo cittato detto Gregorio indotto, monito, esaminato, giurato, et prudentem[en]te interrogato...*⁵³ Riječ je o preciznom i strogo tehničkom izričaju koji je preuzet iz sudskoga procesa, ali ne takvoga koji bi se u mjesnim prilikama ravnao prema običajnim pravnim shvaćanjima i funkcionirao prigodno. Svaki od spomenutih pojmova (tal. *cittato, indotto, monito, esaminato, giurato, interrogato*) pravnotehnički ima točno određeno i uvriježeno (univerzalno) značenje u europskim okvirima te se u ovoj formulaciji pojavljuje u odgovarajućem logičnom slijedu poduzimanja radnji kojim se osigurava svjedokova prisutnost i iskazivanje. Riječ je o *prima facie* pretjerano preciznim i tehničkim pojmovima da bi oni mogli izniknuti u mjesnim lovransko-mošćeničkim, pa čak i u regionalnim feudalnim okvirima. Dodatno tomu pridonosi izostanak i najmanje deskriptivnosti u tom izričaju s kojom je uvijek neizostavno povezana i izrazita nepreciznost.

Taj je izričaj nužno morao biti preuzet iz nekoga procesnog diplomatskog

52 Transkripcija bilježničkoga zapisa priređena je u: Strohal, R., op. cit., str. 782-783.

53 U prijevodu: *Gdje je, u navedenoj Cesari, pozvani Gergur doveden, upozoren, ispitan, zaprisegnut i primjereno ispitan...*

predložka koji se otprilike u to vrijeme koristio u rimsko-kanonskom procesu. Taj se predložak vjerojatno kao "špranca" koristio na ovom prostoru pod Učkom i tako je mogao dospjeti u konkretni diplomatski izvor. Naime, navedeni izričaj u svemu odstupa ne samo od običajnoga feudalnog prava lokalne provenijencije i njemu svojstvenog (pa čak, može se reći, i prirođenog) deskriptivnog (a time i nepreciznog) izričaja, nego je i antiteza svakom procesnom postupanju koje je bilo prigodno i oblikovano na *ad hoc* temelju. Zbog svega rečenog citirani izričaj odražava vlastito podrijetlo u procesu koji je izgrađen i institucionaliziran, ali i univerzalan te s kojim je ovaj kraj u nekim nepoznatim okolnostima došao u doticaj.⁵⁴ Potvrda za to shvaćanje u relevantnom vremenu nalazi se u jedinoj poznatoj kodifikaciji prava na istočnoj jadranskoj obali koja potječe iz teritorijalno-političke cjeline u kojoj je vrhovnu civilnu vlast (lat. *plenum ius*) stoljećima, u kontinuitetu te isključivo imala Crkva personificirana mjesnim ordinarijem. Riječ je o Vrsarskoj grofoviji, gdje je porečki biskup od kasne antike do 1778. godine neprestano primjenjivao kanonska pravila kao osnovicu civilnoga općinskog uređenja, a ona su očuvana u pravnoj zbirci iz 1609. i jednom prijepisu iz 1768. godine. U vrsarskim statutarnim propisima, koji zbog navedenih razloga svi pripadaju rimsko-kanonskom pravu i koji su većinom sastavljeni na jeziku kojim je pisana isprava o lovransko-mošćeničkom razgraničenju, očuvane su brojne procesne i bilježničke odredbe koje su povezane s njim. U potonjim se odredbama razabire i skupina onih koji se odnose na pozivanje svjedoka, osiguravanje njegove prisutnosti, izvođenje dokaza svjedočenjem i vrednovanje iskaza.⁵⁵ Pojmovno i kontekstualno te tehničkim izričajem one su slične, a često i jednake citiranom izričaju s lovransko-mošćeničkoga razgraničenja.

Ipak, isprava o lovransko-mošćeničkom razgraničenju ne bilježi *in casu concreto* cjeloviti rimsko-kanonski proces niti ikakvo drugo sudsko (institucionalizirano) rješavanje spora. Baš suprotno, ona dokumentira izvansudski (arbitražni) i prigodni način rješavanja graničnoga spora koji je *una causa* osnovan sporazumom između Lovrana i Mošćenica. Međutim, u takav izvansudski i prigodni proces u određenoj se mjeri uključuju pojmovi, izričaji, koncepti i instituti koji pripadaju univerzalnoj pravnoj tradiciji (lat. *ius commune*), a koja bitno počiva na rimskom pravu. Citirani izričaj glede svjedoka preuzet je iz te tradicije (i institucionaliziranog konteksta) kako bi u konkretnom lovransko-mošćeničkom sporu oponašao formalnost sudskoga procesa. To nije učinjeno tek *pro forma*, nego ima svoju duboku svrhovitost. Koristi se za opis pozivanja svjedoka pred komisiju i njegovo ispitivanje. Ako se zna da je iskaz svjedoka i *in casu concreto* bio temeljno te jedino dostupno dokazno sredstvo, jasno je da je komisiji bilo iznimno važno izvođenje toga dokaza provesti pravilno. Jednaku i duboko svrhovitu ulogu imala su precizno razrađena procesna pravila o pribavljanju

54 Za institucionalizaciju upućuje se na: Uzelac, A., op. cit., str. 46-49.

55 Milotić, I., Uredbe i naredbe za obdržavanje u Kaštelu Vrsar i njegovu kotaru, Vrsar, Turistička zajednica Općine Vrsar, 2017, str. 292 (naknade za pozivanje na sud – *citare*), 516-519 (građanski postupovnik koji sadržava najveći broj relevantnih pojmova, pravila i pristupa ispitivanju svjedoka). Arhivski izvornik: *Statuti et ordini da osservarsi nel Castello d'Orsera e Contado ordinati dall'Illustrissimo e Reverendissimo Vescovo di Parenzo Conte e Signor di detto Luoco Monsignor Leonardo Tritonio L'anno MDCVIII (1609)*. Biskupijski arhiv u Poreču, Zbirka statuta, statut Vrsara, 1609. (prijepis iz 1768. godine).

iskaza svjedoka u rimsko-kanonskom procesu.⁵⁶

7. ZAKLJUČAK

Sadržaj isprave o razgraničenju između Lovrana i Mošćenica iz 1646. godine umnogome je podudaran sa sadržajem drugih takvih isprava. Ipak, kako ono prelazi okvire odnosa dviju općina, jer je to istodobno i razgraničenje između dviju teritorijalno-političkih i interesnih cjelina te njihovih feudalnih gospodara (izravnih vlasnika), situacija je ovdje *a priori* složenija. Za temu ovoga rada važno je da za provedbu opisanog razgraničenja nije postojao stvarno nadležan ili institucionalizirani sud koji bi priznavale obje stranke u sporu, kao što bi mogao biti slučaj s međuopćinskim razgraničenjima unutar iste teritorijalno-političke cjeline. To je iznimno snažna naznaka da je razgraničenje Lovrana i Mošćenica provedeno arbitražno, a ne sudski. To dodatno potvrđuje podatak da *giudici ordinarij* koje bilježi isprava u razgraničenju uopće ne djeluju u tom svojstvu nego su ih stranke u sporu, zbog toga jer su u matičnoj općini suci, prizvale da su s njezine strane dio komisije koja rješava spor. K tome, spor između Lovrana i Mošćenica iz 1742. godine o razgraničenju na tom istom području pokazuje da je i u tom slučaju sud bio utemeljen *ad hoc* te da nikakva stalna nadležnost ili institucionalizacija nije postojala, primjerice takva koja bi imala kontinuitet iz 1646. godine.

Pojmovi i instituti koji su obrađeni u ovome radu u jezičnom su smislu jasno izvorno latinske provenijencije. U ovoj su ispravi oni tek talijanizirani. Institucijski oni zasigurno nisu samonikli izričaj partikularnog (mjesnog) feudalnog poretka na prostoru Lovran – Mošćenice. Riječ je o suviše preciznim pojmovima, izričajima i institutima koji na univerzalnoj (europskoj) razini imaju precizno značenje i koji su izraženi tehnički (tj. kao *terminus technicus*). Njihovu primjenu, uz određene prilagodbe, može se dijelom pratiti od rimskoga prava, a dijelom od stvaranja rimsko-kanonskog procesa (koji opet čvrsto počiva na rimskoj tradiciji). Čitatelja ne smije zbuniti to što se *interveniente, buoni huomini* i tehnički izričaji povezani s davanjem iskaza svjedoka nalaze amalgamirani s nesrodnim pravnim sadržajem (koji je deskriptivan, razmjerno neprecizan i tipično feudalni) kakav se prepoznatljivo tijekom srednjeg i novog vijeka pojavljuje u aktima o razgraničenju (razvođenju). Smjerovi recepcije rimskoga prava najčešće su bili upravo takvi, tj. da se od univerzalne tradicije prihvaćaju samo neke figure, ključni koncepti i pojmovi te instituti. Oni se zatim prenose u diplomatske predloške srednjovjekovne provenijencije koji su u relevantno vrijeme bili u upotrebi na određenom prostoru, što sve zajedno tvori spoj rimskog i feudalnog elementa o kakvome se čita iz ove isprave.

Kao snažan argument da je ovdje na razini osnovnog koncepta riječ o arbitraži koja se konceptualno oslanja na arbitražu rimskoga prava ističe se opći pravni

56 Npr. Brundage, J. A., *The medieval origins of the legal profession. Canonists, Civilians, and Courts*, Chicago – London, University of Chicago Press, 2008, str. 158-160. To je materija koja se u studiju prava proučavala od samih početaka sveučilišta u Italiji. Vidi: Ascheri, M., *The Laws of Late Medieval Italy (1000–1500). Foundations for a European Legal System*, Leiden – Boston, Brill, 2013, str. 131; Brasington, B. C., *Order in the Court: Medieval Procedural Treatises in Translation*, Leiden – Boston, Brill, 2016, str. 245-248.

kontekst u razmatranom vremenu. U ovom je radu razložen osvrt na arbitražu u Mošćenicama iz 1621. godine koja bilježi tipično rimske arbitražne institute, ali i njihove pripadajuće latinske nazive u pohrvaćenju inačici (*albitri, sentencija, parti* i dr.). Taj izvor posvjedočuje da se arbitraža po čistom rimskom modelu primjenjivala na ovome prostoru otprilike u vrijeme nastanka lovransko-mošćeničkog razgraničenja 1646. godine.

Dotadna potvrda snažnog utjecaja univerzalne (rimske) tradicije ogleda se i u spomenu *doctura* u *Mošćeničkom statutu* iz 1637. godine, koji se prizivaju u stvarima najvećega kaznenopravnog značenja. Njihovo spominjanje ne može se drukčije tumačiti negoli kao prizivanje pravnika školovanih na sveučilištu (vjerojatno nekom sjevernotalijanskom), a koji su mogli studirati samo rimsko i kanonsko pravo te sa sobom donositi odjeke univerzalne (rimske) tradicije i time u lokalnim uvjetima davati podstrek recepciji rimskoga prava.

Oba potonje spomenuta izvora vremenski su bliski lovransko-mošćeničkom razgraničenju iz 1646. godine, a konceptualno su podudarni s njime jer u određenom dijelu svojega sadržaja čvrsto počivaju na rimskoj tradiciji.

Pretjerano bi bilo zaključiti da je lovransko-mošćeničko razgraničenje iz 1646. godine bila rimska arbitraža. Ipak, s obzirom na sve rečeno, održivo je naznačiti da se taj proces u nekim svojim dijelovima, kako bi bio funkcionalan i postigao svrhu, oslonio na prokušane pojmove i institute iz univerzalne (rimske) tradicije koji pripadaju izvansudskom (arbitražnom) rješavanju sporova. To nije učinjeno u cijelosti onako kako su to činili Rimljani, nego uz određene prilagodbe (primjerice, *buoni huomini*), ali ipak na razini temeljnoga koncepta oslanjajući se na rimsku ideju.

LITERATURA

1. Berger, Adolf, *Encyclopedic dictionary of Roman law*, Philadelphia, *Transactions of The American Philosophical Society*, vol. 43, 1968.
2. Bertoša, Miroslav, Mletačke arhivske vijesti o buni seljaka u Pazinskoj grofoviji godine 1653, Rijeka – Pazin, *Vjesnik historijskih arhiva u Rijeci i Pazinu*, vol. 18, 1973, str. 153-160.
3. Bertoša, Miroslav, Nemirne granice knežije (Građa u Državnom arhivu u Veneciji o graničnim sukobima i sporovima između mletačke pokrajine Istre i Istarske knežije), Rijeka – Pazin, *Vjesnik historijskih arhiva u Rijeci i Pazinu*, vol. 26, 1983, str. 9-79.
4. Bertoša, Slaven, Bradara, Tatjana i Kuzmanović, Nenad, Kunfini i zlamenja – oznake granica i međa u Istri od srednjeg vijeka do našega doba, *Histria archaeologica*, vol. 40, 2009, str. 115-146.
5. Bratulić, Josip, *Istarski razvod*, Pula, Libar od grozda, 1989.
6. Bratulić, Josip, *Istarski razvod: Studija i tekst*, Pula, Čakavski sabor, 1978.
7. Davies, Wendy, „Boni homines in Northern Iberia: A Particularity that raises some general questions. Oxford, Italy and Early Medieval Europe: Papers for Chris Wickham, 2018, str. 60-72.
8. De Franceschi, Camillo, *Storia documentata della Contea di Pisino*, Trst, *Atti e memorie della Societa istriana di archeologia e storia patria*, vol 10-12, 1964.
9. Du Cange, Charles du Fresne i dr., *Glossarium mediae et infimae latinitatis*, éd. augm., Niort, L. Favre, 1883.-1887.
10. Eterović, Ivana i Doričić, Robert, O jednome graničnom sporu Lovrana i Mošćenica iz 17. stoljeća, Lovran, *Zbornik Lovranščine*, vol. 5, 1/2018, str. 21-50.

11. *Istarska enciklopedija*, Zagreb, Leksikografski zavod Miroslav Krleža, 2005.
12. Kampmann, Christoph, *Arbiter und Friedensstiftung: Die Auseinandersetzung um den politischen Schiedsrichter im Europa der Frühen Neuzeit*, Paderborn, Ferdinand Schöningh Verlag, 2001.
13. Klen, Danilo, *Urbar Pazinske grofovije (1498.)*, Rijeka – Pazin, *Vjesnik historijskih arhiva u Rijeci i Pazinu*, vol. 14, 1970, str. 51-159.
14. Leideck, Markus, *Lannd Ze Ysterreich. Ustroj, teritorijalna nadležnost i unutarnje granice posjeda austrijske Istre od 1374. do 1797. godine*, *Mletačko-austrijska granica u Istri*, Pula, Arheološki muzej Istre, 2017.
15. Lewis, Charlton T. i Short, Charles, *A Latin Dictionary*, Oxford, Clarendon Press, 1879.
16. *Lexicon latinitatis medii aevi Iugoslaviae*, vol. 1, Zagreb: JAZU, 1973.
17. Litewski, Wieslaw, *Die römisch-kanonisches nach den älteren ordines iudiciarii*, vol I-II. Krakow, Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, 1999.
18. Mäkinen, Virpi, *Property Rights in the Late Medieval Discussion on Franciscan Poverty*, *Recherches de théologie et philosophie médiévales*, vol. 3, Leuven, Peeters, 2001.
19. Margetić, Lujo, *Neobjavljeni rukopis Mošćeničkog zakona*, Zagreb, *Fontes: izvori za hrvatsku povijest*, vol. 3, 1/1997, str. 99-113.
20. Margetić, Lujo, *Povijesno-pravni aspekti starog Lovrana*, Rijeka, *Liburnijske teme*, vol. 6, 1987, 53-57.
21. Margetić, Lujo, *Mošćenički zakoni i statuti*, Rijeka: Adamić – Zavod za kaznene znanosti Mošćenice Pravnog fakulteta u Rijeci, 2006.
22. Maurer, Helmut, *‘Grenznachbarn’ und boni homines. Zur Bildung kommunikativer Gruppen im hohen Mittelalter*, Stuttgart, *Vorträge und Forschungen: Mediaevalia Augiensia*, vol. 54, 2001, str. 101-123.
23. Milotić, Ivan, *Arbitral Resolution of Disputes by Good Man (Bonus Vir) in Roman Law and European Legal Tradition*, Zagreb, *Croatian Arbitration Yearbook*, vol. 15, 2008, str. 169-189.
24. Milotić, Ivan, *Aspetti giuridici della linea di demarcazione austro-veneziana in Istria e sua soluzione arbitrale con le sentenze tridentine*, Rovinj, *Atti – Centro di ricerche storiche*, vol. 45, 2015, str. 111-145.
25. Milotić, Ivan, *Pravni aspekti uspostave habsburške vlasti u Istri 1374. godine*, Pazin – Motovun, *Habsburgovci i Istra u pravu i povijesti*, *Zbornik radova s petoga Motovunskog kolokvija održanoga 17. studenog 2018. u Motovunu*, 2019., str. 1-26.
26. Milotić, Ivan, *Sententia Tridentina – pravna analiza i tumačenje*, Pula, *Mletačko-austrijska granica u Istri / Il confine veneto-austriaco in Istria*, 2017, str. 335-361.
27. Milotić, Ivan, *Uredbe i naredbe za održavanje u Kaštelu Vrsar i njegovu kotaru*, Vrsar, *Turistička zajednica Općine Vrsar*, 2017.
28. Milović, Đorđe, *Mošćenički statut iz 1637. godine*, Sarajevo, *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu*, vol. 23, 1975, str. 113-140.
29. Munić, Darinko, *Dokument o utvrđivanju prava ribolova i svjedočanstva o lovu između Kastavske gospositosti i Pazinske kapetanije*, Rijeka – Pazin, *Vjesnik historijskih arhiva u Rijeci i Pazinu*, vol. 27, 1985, str. 137-145.
30. Munić, Darinko, *Utvrđivanje prava ribolova između Mošćenica i Lovrana 1742. godine*, Rijeka, *Liburnijske teme*, vol. 6, 1987, str. 59-67.
31. Nehlsen-Von Stryk, Karin, *Die boni homines des frühen Mittelalters, unter besonderer Berücksichtigung der fränkischen Quellen*, Berlin, Duncker & Humblot, 1981.
32. Nörr, Knut Wolfgang, *Romanisch Kanonisches Prozessrecht Erkenntnisverfahren Erster Instanz*, Berlin – Heidelberg, Springer, 2012.
33. Reynolds, Susan, *Before Eminent Domain: Toward a History of Expropriation of Land for the Common Good*, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 2010.
34. Roebuck, Derek i De Loynes De Fumichon, Bruno, *Roman Arbitration*, Oxford, *Holo Books*, 2004.

35. Romac, Ante, Zakonik dvanaest ploča, Zagreb, Latina & Graeca, 1994.
36. Strohal, Rudolf, Nešto o pravnom životu hrvatskoga naroda u austrijskoj Istri u 16. i 17. vijeku, Zagreb, Mjesečnik Pravičkoga društva u Zagrebu, vol. 37, 2/1911, str. 777-794.
37. Szabó, Thomas, Zur Geschichte der boni homines, Siena, *Uomini paesaggi storie. Studi di storia medievale per Giovanni Cherubini*, 2012, str. 301-322.
38. Šurmin, Đuro, Hrvatski spomenici, Zagreb, *Monumenta historico-juridica Slavorum Meridionalium*, vol. 6, sv. 1, 1898.
39. Triva, Siniša i Dika, Mihajlo, Građansko parnično procesno pravo, Zagreb, Narodne novine, 2004.
40. Uzelac, Alan, Teret dokazivanja, Zagreb, Pravni fakultet u Zagrebu, 2003.
41. Welti, Manfred, VIR BONUS'/HOMO BONUS'/PREUDOME': Kleine Geschichte dreier nahe verwandter Begriffe, Hamburg, Archiv für Begriffsgeschichte, vol. 38, 1995, str. 48-65.
42. Wickham, Chris, Public court practice: the eighth and twelfth centuries compared, Köln, Rechtsverständnis und Konfliktbewältigung, 2007, str. 17-30.
43. Ziegler, Karl-Heinz, The influence of medieval Roman law on peace treaties, Cambridge, Peace Treaties and International Law in European History From the Late Middle Ages to World War One, 2004, str. 147-161.

Ivan Milotić*

Summary

ARBITRATION BASED ON THE MODEL OF ROMAN LAW IN THE BOUNDARY DISPUTE BETWEEN LOVRAN AND MOŠĆENICE OF 1646

The boundary dispute between Lovran and Mošćenice of 1646 quite recently received some attention in the literature and was simultaneously adequately elaborated from palaeographic and philological point of view. Despite the fact that it is substantially a legal act, its legal content did not receive adequate attention of the scholars, which may primarily be said with reference to its institutes, terms and expressions whose precision, accuracy and legal technical at first sight most evidently depart from the local feudal legal customs and legal traditions. Moreover, nevertheless that these terms and expressions were written down in Italian language of the time, they evidently represent Italianized version of terms, expression and legal concepts that originally belong to Latin language. Additionally, their mentions in the document at hand have no resemblance to the usual medieval descriptions of the legal phenomena which have a little in common with normative language or to administrative-functional style of that time which distinctively shaped the legal documents. Because all these indications suggest that the key terms, expressions and institutes pertinent to the boundary dispute between Lovran and Mošćenice (and its resolution) might be borrowed from the Roman legal tradition (which outreached this territory by means of *ius commune*) and the Romano-canonical process, this paper examines origin, roles and functions which were achieved in practice by their use in this particular legal matter. The paper will specifically explore the procedural mechanism which was employed to reach settlement of the boundary dispute between Lovran and Mošćenice and will additionally provide a deeper insight into the possibility that in this particular case arbitration conceptually based on the Roman law was employed as the means of dispute resolution.

Keywords: *Lovran; Mošćenice; boundary; demarcation; dispute; Roman law; arbitration; ius commune.*

* Ivan Milotić, Ph.D, Associate Professor, Faculty of Law, University of Zagreb; ivan.milotic@pravo.hr.

Zusammenfassung

**SCHIEDSVERFAHREN AM BEISPIEL DES RÖMISCHEN
RECHTS BEI DER GRENZSTREITIGKEIT ZWISCHEN
LOVRAN UND MOŠĆENICE (1646)**

Die Grenzstreitigkeit zwischen Lovran und Mošćenice aus dem Jahr 1646 erfuhr Aufmerksamkeit in der Literatur und wurde auch aus paläographischer und philologischer Sicht untersucht. Obwohl es sich hier um einen Rechtsakt handelt, ist seine rechtliche Bestimmung unbekannt, was insbesondere für einige Rechtsfiguren, Begriffe und Ausdrücke gilt, wessen Genauigkeit, Richtigkeit und rechtstechnische Grundlagen von den örtlichen feudalen und rechtlichen Traditionen dieser Zeit abweichen. Obwohl diese Begriffe in italienischer Sprache dokumentiert wurden, wurden sie eigentlich aus dem Latein übernommen. Diese Begriffe weichen auch von der mittelalterlichen Deskriptivität der Rechtsprache und des administrativ-funktionellen Stils der damaligen Rechtsdiplomatie ab. Da alles darauf hinweist, dass die Schlüsselbegriffe und Rechtsfiguren im Kontext der Grenzstreitigkeit zwischen Lovran und Mošćenice aus der römischen Rechtstradition übernommen wurden, die auf dieses Gebiet durch *ius commune* und teilweise aus dem römischen Kirchenrecht Einfluss übte, werden in diesem Beitrag ihre rechtliche Etymologie und Rolle bei der Benutzung in der genannten Grenzstreitigkeit überprüft. Besondere Aufmerksamkeit schenkt man in diesem Beitrag dem Prozessmechanismus, durch welchen die Grenzstreitigkeit zwischen Lovran und Mošćenice beigelegt wurde. Ebenfalls wird betont, dass es möglich ist, dass die Streitigkeit das römische Schiedsverfahren und teilweise das römische kanonische Prozess als Vorbild hatte.

Schlüsselwörter: *Lovran; Mošćenice; Grenze; Abgrenzung; Streitigkeit; Neuzeit; römisches Recht; Schiedsverfahren; ius commune.*

Riassunto

**L'ARBITRATO BASATO SUL MODELLO DEL DIRITTO
ROMANO NELLA LITE SUI CONFINI TRA LAURANA E
MOSCHIENA (1646.)**

La lite sui confini tra Laurana e Moschiena del 1646 è nota nella letteratura: altresì, la fonte d'archivio nella quale è annotata è curata e valutata correttamente da un punto di vista paleografico e filologico. Benché si tratti di un atto giuridico, la sua natura giuridica è sconosciuta: ciò si riferisce soprattutto ad alcuni istituti, nozioni ed espressioni che con la loro precisione, determinazione ed accuratezza giuridica paiono subito sono in contrasto con le usanze feudali giuridiche locali del tempo. In aggiunta,

benché tali nozioni ed espressioni nell'atto siano documentate in lingua italiana, è di tutta evidenza come essi siano la versione italianizzata di termini latini. Ancora, quando si menzionano tali nozioni ed espressioni si differenziano rispetto alla comune descrizione del linguaggio giuridico medievale e rispetto allo stile amministrativo-funzionale di cui abbondava la diplomazia giuridica del tempo. Posto che tutto indirizza alla possibilità che le nozioni, le espressioni e gli istituti nell'accertamento dei confini tra Laurana e Moschiena vennero tratti dalla tradizione giuridica romana, che si fece strada in questo territorio anche attraverso lo *ius commune* ed in parte mediante il processo romano-canonico, nel presente contributo si indaga circa la loro provenienza giuridica ed il loro ruolo e scopo che mediante il loro utilizzo venne raggiunto nella lite sui confini. Nel lavoro si presta particolare attenzione al meccanismo processuale con il quale venne risolta la lite tra Laurana e Moschiena, come particolare attenzione viene prestata alla possibilità che lo stesso fosse stato basato sul modello dell'arbitrato romano ed in parte sul processo romano-canonico.

Parole chiave: *Laurana; Moschiena; confine; delimitazione; lite; nuova era; diritto romano; arbitrato; ius commune.*

PRVENSTVO PRAVA PRED IDEJAMA DOBRA: NOVI POGLED NA PRAVNI KONSTRUKTIVIZAM JOHNA RAWLSA

*Doc. dr. sc. Petar Popović**

UDK: 17.032.1J.Rawls

<https://doi.org/10.30925/zpfsr.40.3.2>

Ur.: 12. rujna 2019.

Pr.: 11. studenoga 2019.

Izvorni znanstveni rad

Sažetak

U radu se analizira pojam prava u političkoj koncepciji pravednosti Johna Rawlsa. Nakon analize Rawlsovih relevantnih tekstova koji sadrže određene sastavnice argumenta o pojmu prava kao institucije, pravnog sustava, pravnih normi i pravâ osoba, kao i sekundarne literature o tim tekstovima, istražuje se metajuridičko utemeljenje Rawlsove koncepcije prava. Potom se argumentira kako je Rawlsov argument za prvenstvo ispravnoga pred idejama dobra ključna teza za ispravno shvaćanje njegova pravnoga konstruktivizma. Utvrđuje se kako se u njegovoj misli može s punim pravom govoriti o, tzv. prvenstvu prava pred idejama dobra. Analizira se i Rawlsovo shvaćanje prirodnoga prava. Zaključno se vrednuju rezultati članka s obzirom na pitanje o smještanju Rawlsovog pojma prava u suvremene pravno-filozofske debate.

Ključne riječi: *John Rawls; prvenstvo ispravnosti pred idejama dobra; pravni konstruktivizam; naravno pravo.*

1. UVOD

Prema riječima američkoga filozofa prava Ronalda Dworkina (1931.-2013.), „nakon svih knjiga, svih bilješki, svih predivnih rasprava, tek počinjemo shvaćati koliko još trebamo naučiti od toga čovjeka“.¹ Dworkin je ovaj osobni dojam, kakvima njegovi tekstovi redovito obiluju, zapisao misleći na američkoga političkog filozofa Johna Rawlsa (1921.-2002.). Svaki rad koji nastoji produbiti Rawlsovu misao susreće se istodobno s dvije naizgled suprotstavljene, ali zapravo supostojeće znanstvene činjenice. Svaka problematika iz Rawlsovog opusa već je iznjedrila opsežnu sekundarnu literaturu, a opet toliko je novih vidika pod kojima se istim problemima može pristupiti uzimajući kao podlogu Rawlsove tekstove.

* Dr. sc. Petar Popović, docent, Fakultet kanonskog prava, Papinsko sveučilište Sveti križ, Rim; p.popovic@pusc.it.

1 Dworkin, R., Rawls and the Law, Fordham Law Review, vol. 72, 5/2004., str. 1405. Prijevodi s engleskoga jezika u cijelom su članku autorovi.

U ovom radu namjera je autora predstaviti upravo takav, novi vidik na vrlo važno pitanje pravno-filozofskog dijela Rawlsove misli: Kako se u Rawlsovoj teoriji poima utemeljujući trenutak pojma *prava*, bilo u smislu prava kao institucije (odnosno sistemskog značaja pravnog poretka i pripadajućih zakona), bilo u smislu juridičkog značaja pravâ koja osobe posjeduju? U teoriji, a u određenoj mjeri i u suvremenoj pravnoj kulturi, općenito se pretpostavlja kako se Rawlsova misao, iako dominantno političko-filozofska, zapravo nalazi na sjecištu s pravnom filozofijom,² te kako sadrži bitne temelje za razradu teorije o pravima pojedinaca.³ Sjecište prava i političke filozofije kod Rawlsa predmet je analize u teoriji. U radu će se dati relevantni rezultati te analize, iako se može primijetiti kako je sekundarna literatura o ovom pitanju daleko skromnijeg opsega u usporedbi s drugim temama koje Rawls obrađuje.

Prema glavnoj tezi ovoga rada, sjecište Rawlsovog političko-filozofskog okvira i njegovog pojma prava uvelike je *implicitno* izraženo u njegovim tekstovima. Cilj je rada, stoga, *eksplikirati* Rawlsove argumente koji ukazuju na utemeljenje pojma prava u njegovoj metajuridičkoj političkoj koncepciji pravednosti putem njihove obrade u sekundarnoj literaturi. Razradom rada postat će razvidno kako je Rawlsova fundamentalna ideja *prvenstva ispravnoga pred idejama dobra* ključ za razumijevanje utemeljujućeg trenutka njegove koncepcije prava, kao i kasnijih teorijskih obrada i kritika te koncepcije. Dovodjenje u vezu ideje prvenstva ispravnoga pred idejama dobra s utemeljenjem i, doista, *konstrukcijom* pojma prava određena je argumentacijska novost koja upotpunjuje sekundarnu literaturu o ovom, pravno-filozofski iznimno važnom, dijelu Rawlsove misli.

Preispitivanje Rawlsove misli itekako je općenito opravdano jer je temeljno pitanje njegove političke filozofije i dalje vrlo aktualno i može se razložno očekivati kako će to nastaviti biti barem u bližoj budućnosti. To temeljno pitanje glasi: koja su načela pravednosti najprikladnija za demokratsko društvo, pojmljeno kao pravičan sustav društvene suradnje slobodnih i jednakih građana, a koje je duboko obilježeno činjenicom razložnoga pluralizma međusobno nepomirljivih vjerskih, moralnih ili filozofskih obuhvatnih doktrina?⁴

Pojam i temeljni ciljevi prava svakako su bitna i nezaobilazna sastavnica odgovora na to pitanje. Utoliko je važno precizno shvatiti što bismo u svezi s koncepcijom prava, Dworkinovima riječima, mogli novoga od Rawlsa „naučiti“, kako bismo mogli u odnosu na takav uvid zauzeti vlastito, eventualno kritičko, stajalište. U tom smislu vrijedi naglasiti kako se ovaj rad usredotočuje isključivo na onaj dio

- 2 Reidy, D. E., *Law, System of*, u: Mandle, J. i Reidy, D. E. (ur.), *The Cambridge Rawls Lexicon*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015., str. 419.
- 3 Vidi Matulović, M., *Ljudska prava: uvod u teoriju ljudskih prava*, Zagreb, Hrvatsko filozofsko društvo, 1996., str. 17, 113-145, 276, 342-343; Martin, R., *Rawls and Rights*, Lawrence, University Press of Kansas, 1985.; Reid, C., „Book Review“ (recenzija *A Theory of Justice*, Johna Rawlsa), *Harvard Law Review*, vol. 85, 8/1972, str. 1697.
- 4 Za Rawlsove formulacije ovog pitanja, vidi Rawls, J., *Teorija pravde: revidirano izdanje*, Zagreb, Feniks knjiga, 2017., str. 4-5; id., *Politički liberalizam*, Zagreb, KruZak, 2000., str. 3-4; id., *Pravo naroda i „Preispitivanje ideje javnog uma“*, Zagreb, KruZak, 2004., str. 151; id., *Justice as Fairness: A Restatement*, Cambridge – London, The Belknap Press of Harvard University Press, 2001., str. 1-5.

Rawlsove argumentacije koji će biti dostatan za odgovarajuće shvaćanje njegove koncepcije prava.⁵ Okviri ovoga rada otklanjaju mogućnost, ali zapravo i potrebu cjelovitijega predstavljanja Rawlsovih temeljnih ideja, te će čitatelji koji nisu upoznati s osnovama Rawlsove misli u bilješkama biti upućeni na tekstove koji sadrže takvo predstavljanje.

2. RAWLSOVA KONCEPCIJA PRAVA PREMA IZVORNIM TEKSTOVIMA I NJIHOVOM TEORIJSKOM TUMAČENJU

Rex Martin, po svemu sudeći autor jedine knjige koja se u cijelosti bavi problematikom koncepcije prava u Rawlsovoj misli, odmah u predgovoru svoga djela primjećuje kako sustavna rasprava o pojmu prava ili zakona u Rawlsovim tekstovima gotovo posve izostaje.⁶ Komentatori onih Rawlsovih tekstualnih argumenata koji nedvosmisleno ukazuju na određenu koncepciju prava redom izvještavaju kako je njegov *explicite* prikaz temeljne razine fenomena prava „teško razumljiv“,⁷ „neizravan“⁸ i „mršav“.⁹

Na jednom od rijetkih mjesta gdje ipak oblikuje usustavljeni argument o koncepciji prava, Rawls definira *pravni sustav* kao „prisilan poredak javnih pravila upravljen racionalnim osobama u svrhu uređivanja njihovog ponašanja i davanja okvira za društvenu suradnju“.¹⁰

- 5 Autor je svjestan činjenice kako je Rawlsovo cjelokupno djelo, prema njegovu vlastitom priznanju, doživjelo određene bitne preinake i produbljenja tijekom vremena. Najvažnija takva preinaka zasigurno je premještanje fokusa s obuhvatne doktrine pravednosti kao pravičnosti na političku koncepciju pravednosti koja se može povezati s razdobljem između objavljivanja njegovih knjiga *Teorija pravde* (1971.) i *Politički liberalizam* (1993.). Vidi Rawls, J., *Politički liberalizam*, xxxv-xxxix. Bez obzira na takve promjene, autor ne zamjećuje podjednako bitne izmjene u njegovim tekstovima koje bi utjecale na sastavnice onoga što će se u ovom radu nazvati Rawlsovim pravnim konstruktivizmom. Upravo suprotno, pronalazi kako Rawlsov opus posjeduje vrlo jasno očitano dosljednost i uključivi razvoj pojedinih ideja usko povezanih s pravnim konstruktivizmom. Zbog toga će u radu citirati Rawlsove tekstove povezane s tom idejom iz svih etapa njegovog stvaralaštva. Za takav pogled na dosljednost Rawlsovih argumenata, barem o tematici pravâ osoba, vidi i Macleod, A., *Rights, Moral and Legal*, u: *The Cambridge Rawls Lexicon*, ur. Mandle i Reidy, str. 735.
- 6 „Rawlsova knjiga *Teorija pravde* općenito se smatra djelom koje je uvelike utjecalo na filozofiju prava. Ali Rawls, iako učestalo rabi govor o pravima, nigdje ne raspravlja o pravima kao o svojoj glavnoj temi. Njegova knjiga *Teorija pravde* ne sadrži, primjerice, niti jedan odsjek posvećen pravima, te u njezinom (opravdano) slavnom Kazalu nema unosa za termin ‘pravo’, ili ‘ljudska prava’, ili ‘moralna prava’.“ Martin, *Rawls and Rights*, vii. Slični komentar mogli bismo istaknuti i u svezi s drugim Rawlsovim kapitalnim djelima, primjerice s *Političkim liberalizmom*.
- 7 *ibid.*, str. 26. Martin dodaje kako Rawls niti „ne pokušava analizirati pojam [pravâ], te iako vrlo slobodno rabi termin ‘pravo’, to čini bez dodatnih pojašnjenja“.
- 8 Macleod, A., *Rights, Moral and Legal*, str. 731.
- 9 Reid, C., „Book Review“, recenzija *A Theory of Justice*, str. 1697.
- 10 Rawls, J., *Teorija pravde*, str. 181. Ova je definicija smještena u odsjeku *Teorije pravednosti* koji nosi naslov „Vladavina prava“. S točke gledišta klasične pravno-filozofske rasprave o koncepciji prava, ovaj se odsjek može *prima facie* doimati kao tek izolirani teorijski trenutak unutar širega Rawlsovog diskursa o pravednosti (što je svakako središnja tema njegovog

Njegov govor o *pravima osoba* nikad ne dostiže sličnu definirajuću razinu, iako su Rawlsova opažanja u svezi s pravima daleko složenija, stratificirana na različitim razinama njegove teorije i učestalija od tvrdnji o pravnom sustavu ili pravnoj normi. Miomir Matulović vrlo je precizno razvrstao različite razine na kojima Rawls spominje ili na neki način teorijski opravdava pravâ osoba.¹¹ Ove razine odgovaraju temeljnim strukturalnim prijelazima Rawlsove koncepcije pravednosti i teorijski prate navedene prijelaze. Mogli bismo, pojednostavljajući, navesti te razine, hijerarhijski odozgor nadolje: razina izvornog položaja, razina iznalaženja temeljnih načela pravednosti, razina osnovne strukture društva, ustavna razina i razina stvaranja i primjene zakona.

Izvorni je položaj u Rawlsovom sustavu pravična točka gledišta na kojoj se, u spomenutom kontekstu društvenog nesuglasja oko vizija „dobra“ i pravednog ustroja temeljnih demokratskih institucija, načela pravednosti iznalaze tako što se konstruira zamišljena „društveno-ugovorna“ procedura u kojoj svatko od nas, građana, ima svoga jedinstvenog predstavnika („stranku“, svojevrsnog „avata“ koji će ga predstavljati u navedenoj proceduri. Osobitost izvornog položaja ogleda se u činjenici da „stranke“ stavljaju (vjerske, filozofske, moralne) svjetonazore i vizije „dobra“ građana koje predstavljaju, kao i sve potencijalno prejudicirajuće datosti njihova stvarnog egzistencijalnog i društvenog položaja, iza tzv. *vela neznanja*.¹²

Na razini izvornog položaja, pravâ osoba spominju se kao jedan od krajnjih ciljeva¹³ iznalaženja načela pravednosti putem takvog „sredstva predstavljanja“. ¹⁴ Pravâ se pojavljuju i unutar skupine, tzv. primarnih društvenih dobara, odnosno „stvari“ za koje se pretpostavlja kako ih racionalni ljudi kao slobodne i jednake osobe bitno traže i očekuju, bez obzira na konkretnosti vlastitog svjetonazora,¹⁵ pa stoga i putem „stranaka“ u izvornom položaju.¹⁶ Pravâ se, napokon, spominju u širem kontekstu izvornog položaja kao skup proceduralnih prava čije ostvarenje „stranke“ i građani koje one predstavljaju mogu pravično zahtijevati, primjerice: pravo odrediti i preispitati temeljna načela pravednosti, pravo utjecati na ustroj zajedničkih institucija i zahtijevati da su uređene na određeni način, zatim, pravo da imaju i zadrže jednaki skup pravâ neovisno o prijanjanju uz (ili promjeni) bilo koje posebne koncepcije „dobra“ i njezinih krajnjih ciljeva i slična pravâ.¹⁷

opusu). Promatrana u takvom, izoliranom kontekstu, Rawlsova definicija pravnog sustava, kao i općenito njegova rasprava o vladavini prava koja se svodi na, tzv. čisto proceduralne zahtjeve (poput zabrane retroaktivnosti zakona), bila je shvaćena kao uvelike srodna pravnom pozitivizmu i utoliko podložna klasičnim antipozitivističkim kritikama. Vidi Hermann, D. H. J., *The Fallacy of Legal Procedure as Predominant over Substantive Justice: A Critique of 'The Rule of Law' in John Rawls's A Theory of Justice*, *DePaul Law Review*, 23, 4/1974., str. 1408-1436.

11 Matulović, M., *Ljudska prava*, str. 126 i 276. Vidi i Martin, R., *Rawls and Rights*, str. 21-31.

12 Rawls, J., *Teorija pravde*, str. 104-108; id., *Politički liberalizam*, str. 20-21.

13 Prava osoba ishod su koji okvir načela pravednosti istodobno konstruira i zaštićuje. Vidi Rawls, J., *Teorija pravde*, str. 135; id., *Politički liberalizam*, str. 24.

14 id., *Politički liberalizam*, str. 24.

15 id., *Teorija pravde*, str. 70; id., *Politički liberalizam*, str. 161-162.

16 id., *Teorija pravde*, str. 108.

17 id., *Kantovski konstruktivizam u moralnoj teoriji*, *Politička misao*, 41, 3/2004., str 8 i 25. Vidi i id., *Politički liberalizam*, str. 26-27.

Deliberacija u izvornom položaju, prema Rawlsu, dovodi do iznalaženja dvaju načela pravednosti koja su okvir za konstrukciju temeljnih institucija društva, uključujući i temeljna prava osoba.¹⁸ Prvo od ta dva načela sadrži pojam *pravâ*: „svaka osoba treba imati jednako *pravo* na najširu shemu jednakih temeljnih sloboda, koja je kompatibilna sa sličnom shemom sloboda za druge“.¹⁹

Argumentacija iza korištenja pojma „pravâ“ u Rawlovim tekstovima o izvornom položaju i prvom načelu pravednosti navela je Martina na zaključak kako je na toj razini Rawlsove teorije riječ o koncepciji *moralnih* prava kao zahtjeva u stadiju „izgradnje“ koji su tek moralni temelji i okvir za konstrukciju pravâ u juridičkom smislu u nekom kasnijem stadiju teorije.²⁰

Taj „kasniji“ stadij prikazan je u preostalim hijerarhijskim razinama Rawlsove teorije. Naime unutar osnovne strukture društva, potom na ustavnoj razini, te napokon na razini stvaranja i primjene prava. Osnovna struktura društva označuje već formirani i institucionalizirani *cjelokupni* sklop temeljne društvene suradnje uzimajući u obzir sve glavne pravne, političke, društvene i ekonomske institucije u određenom društvu.²¹ Unutar osnovne strukture društva, koja je prvotni subjekt pravednosti i oblikuje se nakon primjene načela pravednosti odabranih u izvornom položaju, pojedine institucije, a napose one političko-pravne, „dodjeljuju fundamentalna *prava* i dužnosti“.²² Proces konkretizacije tih pravâ osoba nastavlja se na izričito ustavnoj, a potom i na zakonodavnoj i sudskoj razini.²³

Prema Martinovom mišljenju, tek na tim potonjim razinama, ustavnoj, zakonodavnoj i sudskoj, pravâ bi poprimila kvalitetu juridičnosti (za razliku od njihove čisto moralne kvalitete na višim razinama). On, naime, procjenjuje kako Rawls zamišlja pravâ osoba na razini osnovne strukture društva, tzv. „pravâ osnovne strukture“, kao svojevrstnu vlastitu analošku inačicu naravnih prava.²⁴ Za razliku od bitno *neinstitucionalnog* svojstva klasičnoga pojma naravnih prava, prema kojem ona strukturalno prethode pozitivnom pravu ili drugom obliku kolektivnoga pozitivnog priznanja, Martin smatra kako su Rawlova prava osnovne strukture prva razina na kojoj možemo govoriti o pravima u punom, institucionalnom smislu riječi. No, prije legitimnoga društvenog priznanja na ustavnoj, zakonodavnoj i sudskoj razini, pravâ osnovne strukture još uvijek nisu pravâ u juridičkom smislu. Ipak, riječ je o moralnim *pravima* koja su, za razliku od moralnih *zahtjeva* iz izvornog položaja i prvoga načela

18 id., *Politički liberalizam*, str. 4-5.

19 id., *Teorija pravde*, str. 47. Formulaciji prvoga načela pravednosti u *Političkom liberalizmu* Rawls je dodao još i sljedeću odrednicu: „... a u toj shemi jednakim političkim slobodama, i samo tim slobodama, valja jamčiti njihovu pravičnu vrijednost.“ Id., *Politički liberalizam*, str. 5. Jedna od formulacija drugoga načela pravednosti glasi: „Društvene i ekonomske nejednakosti trebaju se urediti tako da su istodobno (a) od najveće očekivane koristi onima koji su u najmanje povoljnom položaju i (b) vezane za funkcije i položaje otvorene za sve pod jednakim uvjetima nepristrane jednakosti mogućnosti.“ Id., *Teorija pravde*, str. 64.

20 Vidi Martin, R., *Rawls and Rights*, str. 22-23, 25, 28-29 i 41.

21 Rawls, J., *Politički liberalizam*, str. 10, 31, 180-181 i 269.

22 ibid., str. 10 i 231. Autorov kurziv.

23 ibid., str. 299-301. Vidi i Matulović, M, *Ljudska prava*, str. 276; Dworkin, R., *Rawls and the Law*, str. 1394.

24 Martin, R., *Rawls and Rights*, str. 24.

pravednosti, *institucionalne* kvalitete.²⁵

Martin je izlučio i radnu definiciju pojma pravâ kako ona proizlazi iz njegovih razmatranja Rawlsovih tekstova, budući da Rawls nije sam ponudio takvu definiciju. Prema Martinu, pravo (engl. *right*) za Rawlsa je svako legitimno očekivanje pojedinca u vidu primitka pravedne institucionalne rasporedbe društvenih dobara.²⁶

Mogli bismo zaključiti kako je zajedničko obilježje Rawlsove definicije pravnoga poretka, a tako i Martinove izvedene definicije Rawlsove koncepcije pravâ osoba, bitna upućenost na izvanpravni ili metajuridički kontekst utemeljenja. Ukazivanje na „racionalne osobe“ te na „svrhu uređivanja njihovog ponašanja i davanja okvira za društvenu suradnju“ iz Rawlsove definicije pravnoga poretka više upućuje na klasične teme njegove koncepcije pravednosti, negoli na uvriježene definicije pojma prava ili uvijek aktualno pitanje sjecišta prava i moralnosti.²⁷ Isto opažanje može se dati i za bitnu odrednicu „primitka pravedne institucionalne rasporedbe društvenih dobara“ iz Martinove sinteze Rawlsove koncepcije pravâ osoba.

Pojam prava kod Rawlsa, dakle, nije izražen u okvirima klasičnoga pravno-filozofskog diskursa, gdje bi se on već prema svojoj definiciji, te prikazom uzroka i obilježja obvezatnosti ili normativnosti pravnih normi priklonio nekom od postojećih teorijskih pravaca, primjerice pravnom pozitivizmu, jusnaturalizmu, artefaktnoj teoriji prava, itd.²⁸ Naprotiv, Rawls zauzima pomalo nekonvencionalan pristup i pristupa pojmu prava kao svojevrsnom konstruktivizmu čije temeljne odrednice bitno upućuju na metajuridičko utemeljenje.

Autor svakako smatra prikladnom zamjerku jednoga recenzenta *Teorije pravde* koji je uočio kako u Rawlsovom argumentu za pravedno uređenje institucija pravo „jedva stiže na drugo mjesto u usporedbi s drugim čimbenicima“.²⁹ Isti će recenzent potom dodati kako „postoji čitavo moguće područje proučavanja kojim bi se dohvatilo koliko to ‘jedva’ točno iznosi“.³⁰ Autor će se baviti upravo tim područjem istraživanja

25 *ibid.*, str. 32 i 38.

26 *ibid.*, str. 26.

27 Neke od brojnih, i k tome međusobno suprotstavljenih, tipičnih formulacija koncepcije prava koje bi se pozivale na unutarpravne čimbenike, ili na sjecište prava i moralnosti mogu poslužiti za usporedbu. „Ono što najbolje objašnjava svojstva prava je [...] njegov značaj kao odgovora na moralno važne potrebe ljudskih zajednica za upravo onu vrstu pristupa pravdi koju samo pravo sustavno omogućuje.“ Finnis, J., *Aquinas and the Natural Law Jurisprudence*, u: *The Cambridge Companion to Natural Law Jurisprudence*, ur. G. Duke i R. P. George, Cambridge, Cambridge University Press, 2017., str. 50. „Uporaba moralnih argumenata ili sudova o zaslugama prava nikad nije preduvjet za identifikaciju prava.“ Raz, J., *The Argument From Justice, or How Not to Reply to Legal Positivism*, u: *Law, Rights and Discourse: Themes from the Legal Philosophy of Robert Alexy*, ur. G. Pavlakos, Oxford – Portland, Hart Publishing, 2007., str. 22.

28 Zanimljiva su, u tom smislu, Dworkinova opažanja kako se Rawls nikad nije eksplicitno priklonio niti jednoj koncepciji prava. Dworkin, R., *Rawls and the Law*, str. 1395. Dworkin će, za teorijske potrebe, zamisliti i scenarij prema kojem je Rawls dopustio „strankama“ u izvornom položaju odabir ne samo načela pravednosti, već i koncepcije prava kao „jelovnik sa samo dva izbora“ – s pozitivističkim ili nepozitivističkim pristupom. *Ibid.*, str. 1392.

29 Bentley, D. J., *John Rawls: A Theory of Justice*, *University of Pennsylvania Law Review*, 121, 5/1973., str. 1077. Autorov kurziv.

30 *loc. cit.* Autorov kurziv.

u sljedećem poglavlju.

3. METAJURIDIČKO UTEMELJENJE RAWLSOVE KONCEPCIJE PRAVA

Svakom poznavatelju Rawlsovog opusa poznato je kako je *prvotni* cilj njegove teorije izgradnja i oblikovanje temeljnih institucija društva prema načelima pravednosti. U ovoj teoriji pravo je tek *podredni* predmet istoga cilja.³¹ Autor smatra da Rawlsova preferencija za pitanje pravednosti pred koncepcijom prava nije samo stvar odabira među više mogućih teorijskih naglasaka. Riječ je, naprotiv, o svrhovitoj temeljnoj postavci njegove teorije: koncepcija pravednosti strukturalno prethodi koncepciji prava. Možemo reći kako je, prema Rawlsu, pravo posredni predmet pravednosti.³² Iz njegove teorije proizlazi kako je pravo u određenom smislu dvostruki *konstrukt*. Prvo, kakvo god ono bilo na stvarnosnoj razini konkretnih pravnih sustava, pravo je nužno „takav-i-takav“ *rezultat* okvira koji su zadani koncepcijom pravednosti od izvornog položaja naniže. Drugo, na nižoj konkretizirajućoj razini, koja uključuje više razine koncepcije pravednosti, pravo je *artefakt* ustavnog i zakonodavnog procesa.

Već je uočeno kako cjelovita obrada Rawlsove koncepcije prava uvelike ovisi o shvaćanju načina kako je ona smještena u cjelovitoj postavci njegove teorije.³³

Kada govori o pravnom sustavu, pravnim normama i pravima osoba, Rawls redovito spominje njihovu nužnu upućenost na načela pravednosti.³⁴ Ako prihvatimo Martinovu sintezu Rawlsove definicije pravâ osoba kao legitimnih zahtjeva, tada postaje jasno kako Rawls govori upravo o pravima kada navodi kako samo *pravedne* pravne norme „ustanovljuju bazu za *legitimna očekivanja*“.³⁵ Pravni sustav i pravne norme pravedne su ne samo zbog toga što zadovoljavaju neke čisto proceduralne zahtjeve Rawlsovog shvaćanja vladavine prava (primjerice zabranu retroaktivnosti zakona, nepristranost sudaca, itd.), koje on promatra kao povezane, s, tzv. *formalnom* pravednošću.³⁶ Govoreći o *stvarnoj* pravednosti pravnih normi, pa i samih proceduralnih zahtjeva vladavine prava, Rawls tvrdi kako „ima pred očima“³⁷

31 „Nama je primarni predmet pravde osnovna struktura društva, ili točnije način na koji glavne društvene institucije raspodjeljuju temeljna prava i dužnosti i određuju podjelu koristi od društvene suradnje.“ Rawls, J., *Teorija pravde*, str. 6.

32 Sjetimo se kako je osnovna struktura društva neposredni predmet pravednosti.

33 Reid, C., „Book Review“, recenzija *A Theory of Justice*, str. 1697.

34 Vidi Rawls, J. *Teorija pravde*, str. 181.

35 loc. cit. Autorov kurziv.

36 ibid., str. 45 i 181.

37 Ovdje smo uzeli tekst iz rečenice izvornog izdanja Rawlsove *Teorije pravde*, koja je kasnije u određenim argumentima prepravljena u posljednjem revidiranom izdanju (iz 1999.) te knjige (ovo je potonje izdanje prevedeno na hrvatski jezik). Vidi Rawls, J., *A Theory of Justice*, Cambridge, The Belknap Press of Harvard University Press, 2005., str. 235. O važnosti Rawlsove *Teorije pravde* svjedoči i činjenica kako je 2005. ponovno izdano izvorno izdanje *Teorije pravde* (iz 1971.), tako da istodobno postoje dva relevantna izdanja istog djela, izvorno i revidirano, za znanstvenu uporabu. U predgovoru ponovno objavljenog izvornog izdanja *Teorije pravde* navodi se, „važno je da prvo izdanje ostane dostupno znanstvenicima i ozbiljnim proučavateljima Rawlsove misli“. Vidi Scanlon, T. M., Predgovor, u: Rawls, J., *A Theory of*

načela pravednosti koja se nalaze na višoj vrijednosnoj razini od vladavine prava, te sežu sve do izvornog položaja. Iako ćemo ondje gdje nalazimo „formalnu pravdu, vladavinu prava i poštovanje legitimnih očekivanja vjerojatno naći i stvarnu pravdu“, prema Rawlsovima riječima, pravednost pravnih normi ovisi o onim *načelima* stvarne pravednosti o kojima bismo se složili u izvornom položaju, a sukladno s kojima je oblikovana osnovna struktura društva.³⁸ Ako promatramo samo pravâ osoba, doći ćemo do sličnoga zaključka: Rawls spominje pravâ gotovo isključivo u kontekstu praktičnih posljedica načela pravednosti.³⁹

Rawlsovu koncepciju pravednosti, prema njegovu vlastitom priznanju, „ne treba shvatiti kao metodu odgovaranja na pravnička pitanja, nego kao vodeći okvir koji, ako pravnicima iznađu da je uvjerljiv, može orijentirati njihove refleksije, dopuniti njihovo znanje i pomoći u njihovim sudovima.“⁴⁰ U tom smislu, prema mišljenju Franka I. Michelmana, u Rawlsovoj teoriji rijetko nailazimo na konkretne odgovore na pitanja o oblikovanju pravâ osoba u različitim stvarnosnim kontekstima. Michelman povezuje takvo obilježje Rawlsove misli s činjenicom da su „načela pravednosti izabrana zbog njihove mogućnosti da posluže kao prilično apstraktna, širokoprofilna ograničenja sučelice kojima je potrebno ispitati specifičnije i, zbog okolnosti, nestalne prijedloge na ustavnoj i zakonodavnoj razini.“⁴¹

Sve navedeno ukazuje na činjenicu da ako želimo saznati posjeduje li Rawls uopće koncepciju prava, i ako je odgovor potvrđan, koja bi bila njezina bitna obilježja, moramo analizirati ključna mjesta njegove teorije na kojima se koncepcija prava utemeljuje ili konstruira. Iz dosadašnjega slijeda argumentacije razvidno je kako ta mjesta ne pripadaju domeni pojma prava, pravnog sustava, pravne norme, pravâ osoba ili njihovih relevantnih obilježja. Ako su, primjerice, pravâ osoba definirana

Justice, v. Uz takav presedan, o važnosti Rawlsove misli na sjecištu pravno-akademski i opće, pa i popularne kulture govori i zanimljivost da se od 2013. postoji i do današnjeg dana se redovito održava predstava, po autorovu saznanju jedinstvena na tom sjecištu, pod naslovom *Teorija pravde: Mjuzikl!* koja uprizoruje temeljne Rawlsove ideje na kazališnim daskama. Vidi *A Theory of Justice: Musical!*, Wikipedia unos, pristup 6. rujna 2019., https://en.wikipedia.org/wiki/A_Theory_of_Justice:_The_Musical!.

38 Vidi Rawls, J., *Teorija pravde*, str. 45-46.

39 Macleod, A., *Rights, Moral and Legal*, str. 731. Osim već navedene formulacija prvog načela pravednosti, mogli bismo uzeti za primjer sljedeći tipični argument unutar kojeg se spominju pravâ osoba: „Svako od tih načela [pravednosti] regulira institucije u pojedinoj domeni ne samo s obzirom na osnovna prava, slobode i mogućnosti nego i s obzirom na zahtjeve jednakosti...“ Rawls, J., *Politički liberalizam*, str. 5. Još jedan tipični primjer: „Budući da primarni predmet pravednosti jest osnovna struktura društva, ti su pravični uvjeti [suradnje] izraženi načelima koja specificiraju osnovna prava i dužnosti unutar njegovih glavnih institucija...“ Id., *Politički liberalizam*, str. 14. Ili: „Moramo imati na pameti da pokušavamo pokazati kako se ideja društva kao pravičnog sustava društvene kooperacije može razviti tako da se pronađu načela koja specificiraju osnovna prava i slobode te oblici jednakosti koji su najprizkladniji za one koji sudjeluju u kooperaciji, jednom kad ih shvatimo kao građane, kao slobodne i jednake osobe.“ Id., *Politički liberalizam*, str. 24.

40 Rawls, J., *Politički liberalizam*, str. 328.

41 Michelman, F. I., *Constitutional Welfare Rights and A Theory of Justice*, u: *Reading Rawls: Critical Studies on Rawls's A Theory of Justice*, ur. N. Daniels, Stanford, Stanford University Press, 1989., str. 322.

kao legitimna očekivanja pravedne institucionalne dodjele određenih društvenih dobara, kako Martin tvrdi, tada je utemeljenje tih prava potrebno tražiti unutar cijeloga raspona Rawlsovog okvira opravdanja, tj. unutar sklopa „viša-prema-nižoj-razini“ opravdanja.⁴² Pravâ su, zaključuje Martin, „detalji institucionalnog uređenja“ bitno određeni *svim razinama* koncepcije pravednosti.⁴³

Zaključno, pravâ osoba, pravne norme, pravni sustav, te i sam pojam prava, nalaze svoje opravdanje i prvotne uzroke, barem onih svojih sastavnica koje nisu neposredno ljudski artefakt, na svim razinama koncepcije pravednosti. Zakonski propisi nalaze svoje opravdanje u ustavnoj razini (iz perspektive pojedinačne države, najvišoj pravno-institucionalnoj razini), koja je utemeljena u osnovnoj strukturi društva (metajuridička institucionalna razina), a potonja je, oblikovana načelima pravednosti koja su, opet, plod „konstruktivizma“ u izvornom položaju.⁴⁴

Govoreći o ideji „političkog konstruktivizma“, Rawls će reći kako je ona poznata svakome, sada i čitatelju ovog teksta, tko je „upoznat s izvornim položajem pravednosti kao pravičnosti ili s nekim sličnim okvirom“.⁴⁵ Konstruktivizam u političkom smislu teorijski je aparat unutar kojeg su, prema Rawlsu, „načela političke pravednosti rezultat procedure *konstrukcije* u kojoj racionalne osobe (ili njihovi predstavnici), podvrgnute razložnim uvjetima, usvajaju načela kako bi regulirale osnovnu strukturu društva“.⁴⁶

Autor spominje Rawlsov pojam „političkog konstruktivizma“ jer smatra kako se iz svega izloženog može zaključiti kako je pojam prava kao institucije i povezanih pravnih fenomena (pravnog sustava, pravnih normi, pravâ osoba itd.) u njegovoj teoriji bitno obilježen „konstruktivističkom“ procedurom oblikovanja institucija. Utoliko smatra kako se kod Rawlsa može legitimno govoriti o „pravnom konstruktivizmu“.

4. TEMELJNO OBILJEŽJE POJMA PRAVA U RAWLSOVOM PRAVNOM KONSTRUKTIVIZMU: PRVENSTVO PRAVA NAD IDEJAMA DOBRA

U ovom dijelu rada autor predlaže i obrazlaže postavku prema kojoj je utemeljujući argument za Rawlsovu koncepciju prava upravo jedna od osnovnih ideja njegove koncepcije pravednosti, prvenstvo ispravnoga pred idejama dobra. Zbog čega baš ta ideja, a ne neka druga, primjerice, ideja preklapajućega konsenzusa ili ideja javnog uma? Naravno, pitanje pojma prava moglo bi se svrsishodno postaviti i argumentirati i iz vidika ovih ideja, ili drugih sastavnica Rawlsove teorije. Nakana je autora usredotočiti se na ideju prvenstva ispravnoga pred idejama dobra jer upravo

42 Martin, R., *Rawls and Rights*, str. 26.

43 *ibid.*, str. 26 i 28.

44 Za slični prikaz utemeljenja prava osoba u višim razinama Rawlsove konstruktivističke koncepcije pravednosti, vidi: Macleod, A., *Rights, Moral and Legal*, str. 732 i 734.

45 Rawls, J., *Politički liberalizam*, xviii.

46 *ibid.* Autorov kurziv. Za detalje Rawlsovog shvaćanja konstruktivizma koji, po sudu autora, nisu nužni za ispravno razumijevanje slijeda argumentacije u ovom radu, upućuje se čitatelja na Rawls, J., *Kantovski konstruktivizam u moralnoj teoriji*, str. 3-48; *id.*, *Politički liberalizam*, str. 81-116.

ova ideja, u sklopu s gore iznesenim slijedom argumentacije, oblikuje odgovore na neka od temeljnih pravno-filozofskih pitanja o pojmu prava.

Jedno je od tih pitanja povezano s ontološkim statusom pojma prava i glasi: „Je li pravo – ili neki njegov dio – isključivo *naravna* vrsta (tj. koja se zbiva na naravan način, poput vode, srebra ili zakona gravitacije), *artefaktna* vrsta (tj. koja nastaje ljudskim stvaralaštvom, poput stolice, romana ili društvene igre) ili neki specifični sklop obje te vrste u kojem se, budući kako se proučava u svezi s ljudskim osobama i njihovim odnosima, uzima u obzir i *moralnost*, tj. ontološki status ‘dobra’?“⁴⁷ Drugo, djelomično povezano, pitanje koje smo već susreli tijekom rada je: „Postoji li neka nužna poveznica između prava i supstancijalne, a ne tek čisto proceduralne ili sistemske moralnosti?“⁴⁸ Rawlsova teorija sasvim sigurno ne namjerava izravno odgovoriti na ta pitanja. No, u ovom dijelu rada autor će ukazati na sastavnice odgovora na ova pitanja koje su implicitno sadržane u njegovom argumentu o prvenstvu ispravnosti pred idejama dobra.

Vraćajući se na Rawlsovu „konstruktivističku“ metodu, autor ističe kako njegov politički konstruktivizam smjera iznalaženju odgovarajuće postavke *ispravnosti* (engl. *right*).⁴⁹ Ukratko, *ispravnost* se u Rawlsovoj teoriji odnosi na ishod pravične procedure u kojoj se traže načela praktične razločnosti oko kojih bi se mogle složiti sve osobe koje sudjeluju u prikladno konstruiranoj početnoj situaciji (npr. izvorni položaj).⁵⁰ U društvu koje je bitno obilježeno dubokim razlikama svjetonazorskih ideja o tome što je *dobro* („dobar“ život, „dobar“ zakon, „dobra“ društvena institucija itd.) ključno je, prema Rawlsu, „konstruirati“ najbolji odgovarajući odnos između *ispravnih* načela pravednosti i ideja *dobra*.⁵¹

47 Ovo pitanje posljednjih desetak godina jedno je od središnjih pitanja filozofije prava. Budući da nitko od autora koji nastoje odgovoriti na to pitanje ne predlaže argument prema kojem bi cjelokupno pravo bilo *naravna* vrsta, za neke od najbitnijih postavki o pravu kao čistom *artefaktu* ili kao kombinaciji dominantno *artefaktualne* vrste s *naravno-moralnim* elementima, vidi: L. Burazin, K. E. Himma i C. Roversi, ur., *Law as an Artifact*, Oxford, Oxford University Press, 2018.; Burazin, L., Can There Be an Artifact Theory of Law?, *Ratio Juris*, 29, 3/2016., str. 385-401; Finnis, J., Aquinas and Natural Law Jurisprudence, str. 17-56.

48 *Supstancijalna* moralnost u svezi s pojmom prava odnosi se na postojanje, tzv. temeljnih ljudskih moralnih dobara (npr. život, zdravlje, znanje u svim svojim osobnim i zajedničarskim vidicima, bračno-prokreativno zajedništvo, prijateljstvo, umjetničko postignuće, slobodno traženje i življenje istine o transcendentnom izvoru svih dobara itd.) koje bi prema jusnaturalističkom pristupu bile nužno pravno relevantne. Primjerice, vidi: Finnis, J., *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1980. *Proceduralna* moralnost prava obuhvaćala bi vrijednosti koje Rawls označava pojmovima formalna pravednost i vladavina prava. *Sistemska* moralnost prava odnosila bi se na moralnu važnost prava kao institucije koja već po samoj svojoj naravi, jer posjeduje autoritet radi ispunjenja ciljeva koji bez prava ne bi bili mogući, ima osobitu moralnu vrijednost. Primjerice, vidi: Raz, J., About Morality and the Nature of Law, u: Raz, J., *Between Authority and Interpretation: On the Theory of Law and Practical Reason*, Oxford, Oxford University Press, 2009., str. 166-181.

49 Rawls, J., *Politički liberalizam*, str. 93-94.

50 Vidi Rawls, J., *Teorija pravde*, str. 84; id., Justice as Fairness, *The Philosophical Review*, 67, 2/1958., str. 178; id., Justice as Reciprocity, u: Rawls, J., *Collected Papers*, Cambridge, Harvard University Press, 1999., str. 222-223.

51 Rawls, J., *Politički liberalizam*, str. 98-99.

Naime, prema Rawlsu, činjenica da kao građani posjedujemo određenu vjersku, filozofsku ili moralnu obuhvatnu doktrinu o ideji dobra, „nije razlog da predložimo ili da očekujemo da drugi prihvate koncepciju pravednosti koja daje prednost onima koji imaju to uvjerenje“.⁵² Zbog nepostojanja takvog svjetonazora ili ideje dobra koju bi potvrđivali svi građani, Rawls predlaže koncepciju pravednosti koja se mora oslanjati isključivo na *konstruirana* načela pravednosti prihvatljiva svim građanima, bez da nužno pretpostavljaju određenu ideju dobra. Stoga u Rawlsovom političkom konstruktivizmu *ispravnost* načela pravednosti, odnosno činjenica kako su ta načela, oko kojih bi se morali moći složiti svi razložni građani, pravično konstruirana u izvornom položaju, mora imati *prvenstvo* pred idejama *dobra* (engl. *priority of right over ideas of good*).⁵³ Prvenstvo ispravnosti glavna je značajka konstruktivističke postavke u svezi s odnosom *ispravnoga* s idejama *dobra* koju Rawls podupire i razrađuje.⁵⁴

No, kakve veze ima ideja prvenstva ispravnog pred idejama dobra za pojam prava? Nije li autor možda pogriješio u prijevodu i pomiješao Rawlsov govor o ispravnosti (engl. *right*) s predmetom ovoga rada, a to je pojam prava (engl. *the law*, odnosno, ako se govori o pravima osoba, *rights*)?

Prema Rawlsovim riječima, prvenstvo ispravnosti pred idejama dobra „ima središnju ulogu“ u njegovoj koncepciji pravednosti.⁵⁵ Prvenstvo ispravnosti doprinosi koncepciji pravednosti utoliko što postavlja određeni sklop *ograničenja* pri oblikovanju svih institucija društvene suradnje u osnovnoj strukturi društva, uključujući pravni poredak kako je konstruiran u toj strukturi, a ta se ograničenja potom protežu na ustavnu i zakonodavnu razinu pravnog poretka. O kakvim je ograničenjima riječ? Ideje dobra koje su uključene u oblikovanje temeljnih institucija, uključujući i pravni poredak, moraju imati sljedeća obilježja: prvo, utoliko što ne proturječe načelima pravednosti, mogu ih dijeliti slobodni i jednaki građani; drugo, te ideje ne smiju podrazumijevati bilo koju obuhvatnu (vjersku, moralnu, filozofsku) doktrinu.⁵⁶ Obuhvatne doktrine o idejama dobra ograničene su ovim dvjema uvjetima prvenstva ispravnosti u proceduri konstrukcije institucija čak i ako se pojedine tvrdnje o određenim dobrima koje pripadaju nekoj ili većem broju takvih doktrina „oslanjaju na potpuno znanje činjenica“.⁵⁷

Prema toj koncepciji, primjerice, ropstvo kao društveni status nije nepravedno i pravno zabranjeno i kažnjivo zbog toga što bi takvim obespravljujućim društvenim statusom bilo teško povrijeđeno određeno ljudsko *dobro*, odnosno sklop *dobara* povezan sa slobodom, ravnopravnošću i jednakošću svake ljudske osobe, koje bi istodobno bilo pravno relevantno (ovakav slijed razmišljanja bio bi svojstven jusnaturalističkom pristupu). Ropstvo bi, prema Rawlsovoj argumentaciji, bilo

52 *ibid.*, str. 21.

53 *ibid.*, str. 155-189.

54 Vidi Rawls, J., Kantovski konstruktivizam u moralnoj teoriji, str. 16.

55 Rawls, J., Prvenstvo ispravnoga i ideje dobra, u: Rawls, J., *O liberalizmu i pravednosti*, ur. M. Matulović, Rijeka, Hrvatski kulturni dom Rijeka, 1993., str. 83. Ovaj Rawlsov članak u bitnome je uključen, uz poneke prepravke, u Rawls, J., *Politički liberalizam*, str. 155-189.

56 Vidi Rawls, J., Prvenstvo ispravnoga i ideje dobra, str. 84, 91-92.

57 Vidi *id.*, *Teorija pravde*, str. 341.

nepravedno i, slijedom toga, u konstruiranoj instituciji pravnog poretka, zabranjeno i kažnjivo zbog toga što je na temelju procedure, određene načelima pravednosti i bitno obilježene prvenstvom ispravnosti pred idejama dobra, potvrđeno kako diskvalifikaciju ropstva kao nepravednog mogu podržati svi slobodni i jednaki građani te da takva diskvalifikacija ne podrazumijeva nužno prijanjanje uz neku od obuhvatnih doktrina o kojoj se građani ne bi mogli složiti. Slijedom toga možemo zaključiti kako je za Rawlsa prvenstvo ispravnosti pred idejama dobra u tolikoj mjeri bitna sastavnica koncepcije pravednosti da će on sam u barem jednom trenutku ustvrditi kako „pravedno potpada pod ispravno“.⁵⁸

Jedan od kritičara Rawlsove koncepcije pravednosti, Michael J. Sandel, primijetio je kako kod Rawlsa ispravnost ima prednost pred idejama dobra u smislu da se „načela pravednosti koja preciziraju naša *pravâ* ne mogu opravdavati tako što bi ta načela ovisila o bilo kojoj posebnoj koncepciji dobrog života“.⁵⁹

Sandelova opaska svakako vrijedi ako promotrimo Rawlsov slijed argumentacije u svezi s primjenom prvenstva ispravnosti na konstrukciju prava u osnovnoj strukturi društva, te na ustavnoj i zakonodavnoj razini. Budući da prvenstvo ispravnosti pred idejama dobra bitno određuje proceduru konstrukcije osnovne strukture društva i pripadajućih institucija, uključujući i pravni poredak, te institucije, prema Rawlsu, ne smiju podupirati nijednu obuhvatnu doktrinu o idejama dobra. Upravo suprotno, „artikulacija javne osnove opravdanja za osnovnu strukturu ustavnog režima“ mora biti uspostavljena „apstrahirajući od sveobuhvatnih vjerskih, filozofijskih ili moralnih učenja“.⁶⁰ Suobličenje ideja dobra s prvenstvom ispravnosti i načelima pravednosti te prihvatanje gore navedenih ograničenja ideja dobra za proceduru konstrukcije osnovne strukture društva pruža obvezujući okvir za oblikovanje institucije pravnog poretka, tj. pravnih normi i prava osoba.⁶¹ Ako se u konstrukciju institucije pravnoga poretka, s pripadajućim pravnim normama i pravima osoba, pripuste ideje dobra koje bi bile protivne načelima pravednosti, takva institucija, odnosno pravni poredak, bila bi nepravedna. Ako bi, pak, ideje dobra bile „pripustive“ u konstrukciju institucija pravnog poretka utoliko što ne proturječe načelima pravednosti, ali te ideje, prema logici prvenstva ispravnosti, ne bi mogle pridobiti naklonost svih razložnih, slobodnih i jednakih građana, tada bi pravni poredak koji bi štitio neku vrijednost sukladnu s takvom idejom dobra bio u toj mjeri (odnosno u pogledu relevantnih pravnih normi koje štite takve vrijednosti) također nepravedan.

U najekstremnijem slučaju, to bi značilo kako određene vrijednosti koje se može bitno valjano „oslanjaju na potpuno znanje činjenica“ mogu biti isključene iz Rawlsovoga pravnog konstruktivizma ako nisu kadre, pa čak i kad ih se može promatrati izdvojeno od obuhvatnih doktrina koje ih podržavaju, privući naklonost svih razložnih, slobodnih i jednakih građana. Iz drugog kuta gledanja, to bi značilo kako vrijednosti koje su povezane s određenim idejama dobra nikad, kao takve, ne

58 id., Pravednost kao pravičnost: politička, ne metafizička, u: Rawls, J., *O liberalizmu i pravednosti*, str. 44.

59 Sandel, M. J., *Liberalism and the Limits of Justice*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998., str. 185. Autorov kurziv.

60 Vidi Rawls, J., Prvenstvo ispravnoga i ideje dobra, str. 89-90.

61 Vidi id., *Teorija pravde*, str. 24.

sudjeluju u oblikovanju nekoga dijela institucije pravnoga poretka, već samo tada kad su provučene kroz „filter“ Rawlsove konstruktivističke procedure, nakon koje one zapravo postaju specifične vrijednosti političke koncepcije pravednosti.

Ranije smo u radu već susreli Rawlsovu tvrdnju o tome kako samo *pravedna* pravna pravila pružaju temelje za legitimna očekivanja,⁶² odnosno za zakonska prava osoba. Proces opravdanja pravnih normi i zakonskih prava osoba nužno seže do pitanja pravednosti osnovne strukture društva i relevantnoga dijela institucije pravnog poretka. Obje razine pravednosti u konačnici, prema Rawlsu, ovise o dosljednoj primjeni načela pravednosti i prvenstva ispravnoga pred idejama dobra. U tom smislu može se opravdano tvrditi kako Rawls zagovara prvenstvo *prava* pred idejama dobra, bilo u smislu prava kao institucije (engl. *the law*) ili pojedinih zakonskih normi (engl. *laws*), bilo u smislu prava osoba (engl. *rights*).⁶³

5. RAWLSOVA KONCEPCIJA NARAVNIH PRAVA I PRVENSTVO PRAVA PRED IDEJAMA DOBRA

Iz svega naprijed rečenog može se zaključiti kako Rawlsova teorija svakako ne posjeduje svojstva jusnaturalističkog pristupa, barem ne u klasičnom smislu gdje bi temeljno obilježje takvog pristupa bilo iznalaženje pravnog statusa istinosnih tvrdnji o temeljnim moralnim ljudskim dobrima. Štoviše, Rawls smješta teorijsku postavku koja bi bila utemeljena na postojanju naravnoga moralnog zakona među obuhvatne doktrine koje sadrže određenu ideju dobra, a oko koje se razložni, slobodni i jednaki građani ne mogu složiti.⁶⁴

Rawls će izriječom reći kako njegova koncepcija pravednosti svakako nije „primjer doktrine naravnog prava“.⁶⁵ S druge strane, ovdje možemo istaknuti argumente barem dvojice vrlo utjecajnih poznavatelja i, djelomično, kritičara Rawlsove teorije koji mu pripisuju kako ipak posjeduje i u svojoj teoriji koristi određeni pojam prirodnog prava.

Prema Dworkinu, iza Rawlsovog „izvornog položaja“ mora stajati određena „dubinska teorija“ koja je na neki način utemeljena na naravnom pravu, odnosno na takvoj koncepciji pravâ koja ne bi bila puki proizvod zakonodavne, konvencijske ili hipotetske ugovorne djelatnosti.⁶⁶ Dworkin izriječom otklanja mogućnost da je kod

62 Vidi *ibid.*, str. 181.

63 Rawls izriječom na nekoliko mjesta spominje „prvenstvo *pravâ*“, u smislu pravâ osoba, „s obzirom na zahtjeve općeg dobra i perfekcionistačkih vrijednosti“. Vidi Rawls, J., *Politički liberalizam*, str. 5 i 200. Perfekcionistačke vrijednosti možemo u ovom kontekstu Rawlsovih tvrdnji o prvenstvu pravâ izjednačiti s oblicima ideje dobra, budući da se pod perfekcionistačkim vrijednostima u političkoj filozofiji općenito podrazumijeva zaštita određenih antropoloških istinosnih postavki putem državnih politika, te osobito putem pravnih normi. Za različite formulacije tako definiranih perfekcionistačkih vrijednosti, vidi Raz, J., *Liberalism, Scepticism and Democracy*, u: Raz, J., *Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics*, Oxford, Clarendon Press, 1994., str. 97-124; George, R. P., *Making Men Moral: Civil Liberties and Public Morality*, Oxford, Clarendon Press, 1993.

64 Vidi Rawls, J., *Politički liberalizam*, str. 88; *id.*, *Justice as Fairness: A Restatement*, str. 15.

65 *id.*, *Politički liberalizam*, str. 374.

66 Dworkin, R., *Shvaćanje pravâ ozbiljno: novo izdanje s odgovorom kritičarima*, Zagreb,

Rawlsa riječ o bilo kakvoj metafizički „opterećenoj“ teoriji naravnog prava, koja bi bila nužno povezana sa supstancijalnim moralnim vrijednostima. Riječ je, zapravo, o naravnopravnoj koncepciji koja pozadinski razjašnjava odabir načela pravednosti od stranaka u izvornom položaju te istodobno pruža razloge zbog kojih bi ta načela odgovarala iskustvenim težnjama građana za stvarnom pravednošću.⁶⁷ Slijedom takvog razmišljanja Dworkin smatra kako Rawlsova „dubinska teorija“ nalazi svoj temelj u jednom naravnom pravu kojeg Rawls pretpostavlja u izvornom položaju, dok su sva druga pravâ konstruirana u narednom teorijskom trenutku, nakon odabira i sklapanja ugovora u izvornom položaju.⁶⁸ Prema Dworkinovu čitanju Rawlsovih tekstova, ovo „krovno“ naravno pravo u izvornom položaju može biti jedino „prirodno pravo svih muškaraca i žena na *jednakost* skrbi i poštovanja, pravo koje oni posjeduju ne na osnovi rođenja ili naravi ili zasluge ili izvrsnosti, nego samo kao ljudska bića koja imaju sposobnost planirati i biti pravedni“.⁶⁹

Rawls je izrijeком otklonio Dworkinov prijedlog⁷⁰ o uporabi pozadinskog „dubinskog“ pojma naravnog prava na jednakost, pritom koristeći argumentaciju koja je iznimno korisna za njegovo shvaćanje pravâ osoba i naravnog prava. Rawls, naime, tvrdi kako nije sklon promatrati svoju koncepciju pravednosti kao stajalište utemeljeno na pravu te pritom naglašava kako su pravâ tek sastavnice njegove teorije, čiji je primarni cilj ipak institucionalni okvir pravednosti.⁷¹ Slijedom toga zaključit će kako je izvorni položaj sredstvo predstavljanja koje „modelira jakost, ne prirodnog prava jednake brige i poštovanja, već bitnih sastojaka [određenih] temeljnih intuitivnih ideja kako su utvrđene razlozima za načela pravednosti“.⁷² Naravno pravo na jednaku brigu i poštovanje obuhvaćeno je u njegovoj teoriji, kako sam kaže, „na druge načine“.⁷³ Dosadašnji tijek ovoga rada, kao i daljnji dio teksta, pruža prilično cjelovitu sliku takvih „drugih načina“ na koje je pravo osobe na jednaku brigu i poštovanje, kao i ostala pravâ, obuhvaćeno u Rawlsovoj teoriji.

S druge strane, već smo spomenuli kako Martin smješta Rawlsov pojam naravnog prava isključivo na razinu osnovne strukture društva, tzv. „pravâ osnovne strukture“ bila bi svojevrсна Rawlsova analoška inačica naravnih prava.⁷⁴ Martin smatra kako su ta *sui generis* naravna prava iz osnovne strukture društva legitimni zahtjevi koji imaju tek *moralni* značaj, sve dok ne budu izrijeком priznati na ustavnoj razini (i postanu ustavna prava) i dosljedno razrađeni na zakonodavnoj razini (kao zakonska prava ili razrada ustavnih prava).⁷⁵ Prema Martinovom viđenju, naravna prava smještena su na prethodnoj strukturnoj razini naspram pravnih propisa (primjerice normi ustavnog

KruZak, 2003., str. 194.

67 *ibid.*, str. 194-195.

68 *ibid.*, str. 196.

69 *ibid.*, str. 199. Autorov kurziv.

70 „To je domišljat prijedlog, ali ga ne slijedim u tekstu.“ Rawls, J., Pravednost kao pravičnost: politička, ne metafizička, str. 47.

71 *ibid.*, str. 47-48.

72 *ibid.*, str. 48.

73 *loc. cit.*

74 Martin, R., *Rawls and Rights*, str. 24.

75 *ibid.*, str. 32.

prava), ali nužno zahtijevaju, za svoje postojanje, određeni oblik društvenog priznanja⁷⁶ koji se izričito javlja tek na prvoj istinski institucionalnoj razini Rawlsove teorije, u osnovnoj strukturi društva. Na razinama koje prethode oblikovanju osnovne strukture društva, kako smo već primijetili, ne postoje nikakva „naravna“ prava, već eventualno određeni zahtjevi koji mogu biti utemeljeni na čisto moralnim načelima.⁷⁷ S točke gledišta naravnih prava, prema Martinu, izvorni položaj i načela pravednosti posjeduju dominantno instrumentalnu svrhu, odnosno služe kao procedura konstrukcije koja tek smjera nastanku naravnog prava te ustavnih i zakonskih prava.⁷⁸

U svom najopsežnijem i najsadržajnijem osvrtu na poveznicu koncepcije pravednosti i naravnog prava, Rawls je ustvrdio kako njegova koncepcija pravednosti „ima karakteristična obilježja prirodnih prava“.⁷⁹ Prikladnost naziva „prirodna prava“ on vidi u svezi s onim pravima za koja postoji specifičan i zaseban temelj u činjenici što ih „pravda štiti“.⁸⁰ Naravna prava mogu se, prema Rawlsu, općenito povezati s određenim „prirodnim svojstvima i na njima utemeljenim zahtjevima“ i to „neovisno o društvenim konvencijama i pravnim normama“.⁸¹

O kojim se „prirodnim svojstvima“ radi? Rawls svakako ne temelji svoju koncepciju naravnih prava na vrijednostima neke obuhvatne doktrine o idejama dobra. Prirodna svojstva koja su neovisna o društvenim normama, te čija se prisutnost može utvrditi s pomoću „prirodnog zaključivanja koje slijedi zdravorazumske metode ispitivanja“⁸² (a ne obuhvatne ideje dobra) jesu, tzv. *dvije moralne moći* koje ljudi redovito posjeduju, sposobnost za usvajanje, preispitivanje i promjenu neke *ideje dobra* i sposobnost za *osjećaj pravednosti*.⁸³ Unutar Rawlsovoga konstruktivizma napetost suodnosa ove dvije moralne moći rješava se, na razini razložnoga pojedinačnog građanina, pretezanjem ka prvenstvu ispravnoga pred idejama dobra.⁸⁴ Rawls ističe kako su ta prirodna svojstva, tj. dvije moralne moći ljudskih osoba, stvarnosna („zdravorazumska“) podloga koju je ugradio u svoju teoriju, te da nisu

76 *ibid.*, str. 34 i 38.

77 *ibid.*, str. 38-39.

78 Vidi *ibid.*, str. 41. Rawls izrijekom ističe kako „žali“ za činjenicom da nije „odgovorio na detaljne kritike Rexa Martina iznijete u njegovoj knjizi *Rawls and Rights*, te posebno spominje i poglavlje Martinove knjige u kojem je sadržana obrada i kritika Rawlsovog pojma pravâ osoba i naravnog prava. Rawls, *Politički liberalizam*, xxix. Osobno, autor se rada može samo pridružiti Rawlsovom žaljenju nad činjenicom da nije stigao ponuditi još pokoji uvid u vlastitu koncepciju naravnog prava.

79 Rawls, J., *Teorija pravde*, str. 383.

80 *loc. cit.*

81 *loc. cit.*

82 *loc. cit.*

83 Rawls, J., *Politički liberalizam*, str. 16-17. Sposobnost za neku koncepciju dobra odnosi se na prihvaćanje, preispitivanje i eventualnu promjenu sheme krajnjih ciljeva onoga što osoba smatra pojedinačnim vrijednostima i dobrim životom, zajedno s obuhvatnom doktrinom u svjetlu koje se ti ciljevi i načini njihova ostvarenja tumače. Vidi *ibid.*, str. 97. Sposobnost za osjećaj pravednosti odnosi se na ljudsku mogućnost za razumijevanje razložnih načela pravednosti koja specificiraju pravične uvjete društvene kooperacije, zajedno s mogućnošću primjene tih načela i djelovanja na temelju njih. Vidi *ibid.*, str. 93.

84 *ibid.*, str. 92-99.

predmet konstruktivizma.⁸⁵ Uz to će navesti i kako njegova teorija niti ne zahtijeva da bi dvije moralne moći bile *nužan* uvjet za valjanost njezinih rezultata (npr. za konstrukciju pojma prava) te kako namjerno ostavlja to pitanje po strani.⁸⁶

Rawls, dakle, zamišlja svoju koncepciju „naravnih“ prava upravo kao različitu od onih prava koja bi bila neposredno utemeljena u društvenim normama, npr. ustavnim i zakonskim propisima.⁸⁷ Ta koncepcija počiva na činjenici utemeljenosti naravnih prava na određenim prirodnim svojstvima te također i u činjenici što su ta prava pripisana ljudskim osobama upravo načelima pravednosti, koja „imaju posebnu snagu u odnosu na koju druge vrijednosti obično ne mogu prevladati“.⁸⁸ Mogli bismo zaključno reći kako se doista radi o određenoj „minimalističkoj“⁸⁹ koncepciji naravnih prava koja povezuje zahtjeve Rawlsovoga sustava s odgovarajućom vizijom naravnih prava.

Ako je autorovo čitanje Rawlsove koncepcije naravnih prava ispravno, tada je Dworkinova procjena *rawlsijanskoga* pojma naravnog prava postavljena previsoko (u pozadinu izvornog položaja), a Martinova prenisko (u osnovnu strukturu društva). Rawlsova su naravna prava prisutna u cijelom tijeku njegove konstruktivističke procedure, od njihove početne projekcije u izvornom položaju, preko njihove formulacije posredstvom načela pravednosti, pa do njihove institucionalizacije u osnovnoj strukturi društva i, napokon, specifikacije na ustavnoj i zakonskoj razini. Iako se on ne izjašnjava na kojoj razini bi ta prava posjedovala juridičku, a kada samo moralnu vrijednost, Rawls nedvojbeno primjenjuje naziv „naravna prava“ na svim razinama konstruktivističke procedure.

6. ZAKLJUČAK

Preostaje nam samo još pokušati odgovoriti na pitanje o tome gdje dosadašnji tijek rasprave smješta Rawlsov pojam prava na kartu suvremenih pravno-filozofskih rasprava o tom pojmu. Odnosno, vraćajući se na Dworkinovo hipotetsko pitanje, kakav pojam prava stranke *de facto* izabiru u Rawlsovom izvornom položaju?

Već smo vidjeli razloge zbog kojih se Rawlsova koncepcija prava nikako ne bi mogla poistovjetiti s oblicima klasičnoga jusnaturalističkog pristupa. Štoviše, Rawls diskvalificira takve poglede kao neprikladne za opravdanje koncepcije pravednosti, osim u određenom „minimalističkom“ opsegu koji je strogo uvjetovan unutrašnjim pravilima njegove konstruktivističke teorije.

Pravni bi konstruktivizam svakako pokazivao određenu bliskost s određenjem pojma prava kao specifične društvene konvencije,⁹⁰ s tom razlikom što on istodobno

85 Rawls, J., *Teorija pravde*, str. 383; id., *Politički liberalizam*, str. 94, 97-98.

86 id., *Teorija pravde*, str. 383.

87 loc. cit.

88 loc. cit.

89 Autor koristi pridjev „minimalistički“ u usporedbi s klasičnim jusnaturalističkim „maksimalističkim“ ili „potpunim“ sklopom temeljnih ljudskih moralnih dobara koja služe kao osnova za oblikovanje naravnih prava.

90 „Želim postaviti argument kako između općih razloga u prilog postojanja prava i lokalnih konvencija koje određuju što se ima smatrati pravom u pojedinačnom pravnom sustavu

posjeduje određena *sui generis* obilježja konstruktivističkog oblika kolektivnog odabira i dogovora.

Rawlsova koncepcija prava posjeduje i određene elemente artefaktne teorije prava, budući da su pojam prava i pravni fenomeni plod konstrukcije, odnosno ljudske tvorevine. Ipak, ona se opire poistovjećivanju s artefaktnom teorijom zbog svoje netipične koncepcije naravnih prava. Ona dio svog utemeljenja traži u određenim stvarnosnim moralnim moćima racionalnih ljudskih osoba, te u tom dijelu nije u potpunosti jasno koliko pravo kao artefakt pripušta određene naravne i/ili moralne čimbenike u definiciju svog ontološkog statusa.

Možda je najteže definirati odnos Rawlsove koncepcije prava prema pravnom pozitivizmu. Pokazatelj pripadnosti nekoga teorijskog pogleda pravnom pozitivizmu, kako smo već imali prilike vidjeti, nalazi se u niječnom odgovoru na pitanje: Jesu li argumenti koji pripadaju supstancijalnoj (ne proceduralnoj ili sistemskoj) moralnosti *nužni* kriterij za identifikaciju i procjenu valjanosti prava koje je na snazi u određenom društvu? Pritom je ključno prethodno pitanje poziva li se Rawls u svom sustavu na supstancijalnu ili tek proceduralnu moralnost. Rawls će ponekad braniti argumente koji bi mogli ukazivati na to kako njegova politička koncepcija pravednosti posjeduje određene *supstancijalne* moralne vrijednosti.⁹¹ S druge strane, ta koncepcija ipak nastoji biti sustavno i podjednako udaljena od svake pojedinačne obuhvatne doktrine o idejama dobra, te je pod tom točkom gledišta njezina moralna vrijednost proceduralna ili, u nekom njegovoj teoriji svojstvenom smislu, sistemska. Utoliko se može tvrditi kako je njegov pravni konstruktivizam strukturalno odsječen od vrijednosti supstancijalne moralnosti za kakve bi se zalagala, primjerice, klasična (primjerice, tomistička) teorija naravnog prava. Istodobno, Rawls izrijeком supotpisuje određene prijedloge u pogledu minimalnog, ali bitno promjenjivoga sadržaja pravnog sustava, nalik na prijedlog H. L. A. Harta i njegov argument o minimalnom sadržaju naravnoga zakona u pozitivnom pravu.⁹²

U konačnici, Rawlsov se pravni konstruktivizam opire jasnom svrstavanju u pravno-filozofske rasprave o pojmu prava ponajviše zbog svoje originalnosti. Utoliko je bitno, koliko je moguće jasnije, točno shvatiti u čemu se ta originalnost sastoji, što je i bio isključivi cilj ovoga rada.

postoji prijelazni sloj dubokih konvencija. [...] Naš pojam prava djelomično ovisi o dubokim konvencijama koje određuju temeljnu organizaciju pravnog poretka, a djelomično na specifičnim institucijama koje imamo u našoj zajednici. [...] Oba fenomena su konvencijske naravi.“ Marmor, A., *The Conventional Foundations of Law*, u: *New Essays on the Normativity of Law*, ur. S. Berte a i G. Pavlakos, Oxford, Hart Publishing, 2011., str. 154 i 157.

91 Rawls, J., *Politički liberalizam*, str. 387; id., *Pravo naroda i „Preispitivanje ideje javnog uma“*, str. 162. Rawls će tvrditi kako je njegova koncepcija pravednosti u supstancijalnom smislu moralna jer ishod njegove procedure uključuje i „opis određenih političkih vrлина [...] kao što su vrлина uljudnosti i tolerancije, razložnosti i osjećaja za pravičnost“. Ibid., *Politički liberalizam*, str. 173-174.

92 id., *Politički liberalizam*, str. 99.

LITERATURA

Knjige i članci:

1. Bentley, D. J., John Rawls: A Theory of Justice, *University of Pennsylvania Law Review* 121, 5/1973, str. 1070-1078.
2. Burazin, Luka, Can There Be an Artifact Theory of Law, *Ratio Juris* 29, 3/2016., str 385-401.
3. Burazin, Luka, Kenneth Einar Himma i Corrado Rovorsi, ur., *Law as an Artifact*. Oxford, Oxford University Press, 2018.
4. Dworkin, Ronald, Rawls and the Law, *Fordham Law Review*, 72, 5/2004., str. 1387-1405.
5. Dworkin, Ronald, *Shvaćanje pravâ ozbiljno: novo izdanje s odgovorom kritičarima*, Zagreb, KruZak, 2003.
6. Finnis, John, Aquinas and the Natural Law Jurisprudence, u: *The Cambridge Companion to Natural Law Jurisprudence*, ur. George Duke i Robert P. George, Cambridge, Cambridge University Press, 2017.
7. Finnis, John, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1980.
8. George, Robert P., *Making Men Moral: Civil Liberties and Public Morality*, Oxford, Clarendon Press, 1993.
9. Hermann, Donald H. J., The Fallacy of Legal Procedure as Predominant over Substantive Justice: A Critique of 'The Rule of Law' in John Rawls's *A Theory of Justice*, *DePaul Law Review*, 23, 4/1974., str. 1408-1436.
10. Macleod, Alistair, Rights, Moral and Legal, u: *The Cambridge Rawls Lexicon*, ur. Jon Mandle i David A. Reidy, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, str. 731-736.
11. Marmor, Andrei, The Conventional Foundations of Law, u: *New Essays on the Normativity of Law*, ur. Stefano Bertea i George Pavlakos, Oxford, Hart Publishing, 2011, 143-157.
12. Martin, Rex, *Rawls and Rights*, Lawrence, University Press of Kansas, 1985.
13. Matulović, Miomir, *Ljudska prava: uvod u teoriju ljudskih prava*, Zagreb, Hrvatsko filozofsko društvo, 1996.
14. Michelman, Frank I., Constitutional Welfare Rights and *A Theory of Justice*, u: *Reading Rawls: Critical Studies on Rawls's A Theory of Justice*, ur. Norman Daniels, Stanford, Stanford University Press, 1989, 319-347.
15. Rawls, John, *A Theory of Justice*, Cambridge, The Belknap Press of Harvard University Press, 2005.
16. Rawls, John, Justice as Fairness, *The Philosophical Review*, 67, 2/1958, str. 164-194.
17. Rawls, John, *Justice as Fairness: A Restatement*, Cambridge, The Belknap Press of Harvard University Press, 2001.
18. Rawls, John, Justice as Reciprocity, u: John Rawls, *Collected Papers*, Cambridge, Harvard University Press, 1999, str. 190-224.
19. Rawls, John, Kantovski konstruktivizam u moralnoj teoriji, *Politička misao*, 41, 3/2004, str. 3-48.
20. Rawls, John, *Politički liberalizam*, Zagreb, KruZak, 2000.
21. Rawls, John, Pravednost kao pravičnost: politička, ne metafizička, u: John Rawls, *O liberalizmu i pravednosti*, ur. Miomir Matulović, Rijeka, Hrvatski kulturni dom Rijeka, 1993., str. 27-51.
22. Rawls, John, *Pravo naroda i „Preispitivanje ideje javnog uma“*, Zagreb, KruZak, 2004.
23. Rawls, John, Prvenstvo ispravnoga i ideje dobra, u: John Rawls, *O liberalizmu i pravednosti*, ur. Miomir Matulović, Rijeka, Hrvatski kulturni dom Rijeka, 1993, str. 83-104.
24. Rawls, John, *Teorija pravde: revidirano izdanje*, Zagreb, Feniks knjiga, 2017.
25. Raz, Joseph, About Morality and the Nature of Law, u: Joseph Raz, *Between Authority and Interpretation: On the Theory of Law and Practical Reason*, Oxford, Oxford University Press, 2009., str. 166-181.

26. Raz, Joseph, Liberalism, Scepticism and Democracy, u: Joseph Raz, *Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics*, Oxford, Clarendon Press, 1994., str. 97-124.
27. Raz, Joseph, The Argument From Justice, or How Not to Reply to Legal Positivism, u: *Law, Rights and Discourse: Themes from the Legal Philosophy of Robert Alexy*, ur. George Pavlakos, Oxford – Portland, Hart Publishing, 2007, str. 17-35.
28. Reid, Charles, Book Review, recenzija *A Theory of Justice*, Johna Rawlsa, *Harvard Law Review*, 85, 8/1972, str. 1691-1697.
29. Reidy, David E., Law, System of, u: *The Cambridge Rawls Lexicon*, ur. Jon Mandle i David A. Reidy, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, str. 417-419.
30. Sandel, Michael J., *Liberalism and the Limits of Justice*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998.

Vrela s interneta:

1. *A Theory of Justice: Musical!*. Wikipedia unos. Pristup 6. rujna 2019. https://en.wikipedia.org/wiki/A_Theory_of_Justice:_The_Musical!

Petar Popović*

Summary

PRIORITY OF THE LAW OVER THE IDEAS OF GOOD: RAWLS'S JURIDICAL CONSTRUCTIVISM REVISITED

In the paper, the author analyzes the concept of law in John Rawls's political conception of justice. After analyzing Rawls's relevant texts that contain certain elements of the argument for the concept of law as an institution, of the legal system, of legal norms and of the rights, as well as the secondary literature on these texts, the metajuridical foundation of the concept of law is researched. The author then claims that Rawls's argument for the priority of right over ideas of good is the central thesis for an adequate understanding of his legal constructivism. It is then affirmed that we can legitimately refer to his thought on the subject under the rubric of the priority of the law over the ideas of the good. Rawls's conception of the natural rights is researched next. The paper concludes with the evaluation of the results of the whole line of analysis, especially with regard to the place of Rawls's concept of law within the contemporary juridical-philosophical debates.

Keywords: John Rawls; priority of right over ideas of good; legal constructivism; natural right.

Zusammenfassung

VORRANG DES RECHTS GEGENÜBER DEN IDEEN DES GUTES: ERNEUTE PRÜFUNG DES KONSTRUKTIVISMUS VON JOHN RAWLS

In diesem Beitrag wird der Begriff des Rechts im Kontext des Begriffs der Gerechtigkeit von John Rawls analysiert. Nach der Analyse von Rawls' Texten, die sich auf den Begriff des Rechts als Institution, Rechtssystem, Rechtsnormen und persönliche Rechte beziehen, sowie auch der Sekundärliteratur über diese Texte, wird die metajuristische Grundlage des Rawls' Begriffs des Rechts untersucht. Es wird behauptet, dass Rawls' Argument, dass Gerechtigkeit den Ideen des Gutes gegenüber Vorrang hat, in Betracht gezogen werden muss, um Rawls' Rechtskonstruktivismus richtig zu verstehen. Es wird festgestellt, dass man bezüglich seiner Gedanken mit gutem Recht über den sog. Vorrang des Rechts gegenüber den Ideen des Gutes

* Petar Popović, Ph.D., Adjunct Professor, Faculty of Canon Law, Pontifical University of the Holy Cross, Rome; p.popovic@pusc.it.

sprechen kann. Danach wird im Beitrag Rawls' Begriff des Naturrechts analysiert. Abschließend werden die Ergebnisse dieses Beitrags bezüglich der Positionierung des Rawls' Begriffs des Rechts in modernen rechtsphilosophischen Debatten bewertet.

Schlüsselwörter: *John Rawls; Vorrang der Gerechtigkeit gegenüber den Ideen des Gutes; Rechtskonstruktivismus; Naturrecht.*

Riassunto

LA PRIORITÀ DEL DIRITTO SULLE IDEE DEL BENE: UN NUOVO SGUARDO AL COSTRUTTIVISMO GIURIDICO DI JOHN RAWLS

In questo lavoro l'autore analizza il concetto del diritto nella concezione politica della giustizia di John Rawls. Dopo aver analizzato i testi rilevanti che contengono alcuni elementi dell'argomento per il concetto del diritto come istituzione, per l'ordine giuridico, per la norma giuridica e per i diritti della persona, come anche le posizioni degli autori che commentano questi testi, si passa alla ricerca del fondamento metagiuridico del diritto. L'argomento poi passa all'affermazione che la tesi di Rawls sulla priorità del giusto sulle idee del bene costituisce la tesi centrale per un'adeguata comprensione del suo costruttivismo legale. Si asserisce che possiamo legittimamente fare riferimento al suo pensiero in merito come la priorità del diritto sulle idee del bene. In seguito si analizza il concetto rawlsiano del diritto naturale. L'articolo si conclude con l'evaluazione dei risultati dell'analisi svolta, soprattutto in rapporto con il posto del concetto del diritto rawlsiano nel quadro del corrispondente dibattito contemporaneo giusfilosofico.

Parole chiave: *John Rawls; priorità del giusto sulle idee del bene; costruttivismo legale; diritto naturale.*

CRIME OF GENOCIDE BEFORE THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE

Prof. dr. sc. Vesna Crnić-Grotić*

UDK: 341.645.5.2

<https://doi.org/10.30925/zpfsr.40.3.3>

Ur.: 20. rujna 2019.

Pr.: 11. prosinca 2019.

Prethodno priopćenje

Summary

When Mr. Raphael Lemkin invented the term genocide in 1944 he was trying to fill the void in the existing list of international crimes because, in his view, none of them was appropriate to address the terrible mass atrocities of World War II. The mass extermination of Jews, Gypsies, Slavs and other groups should have been different from “ordinary” crimes against humanity. His fight led to the adoption of the UN Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in 1948. Although the Convention was primarily designed to punish individual perpetrators, States parties can also be held responsible for the same crime. The reference in Article IX of the Convention to the jurisdiction of the International Court of Justice clearly shows in that direction. However, the first case appearing before that court was the case of Bosnia v. Serbia in 1993 and the Court made its ruling on the merits in 2007. The following ruling concerned the case of Croatia v. Serbia in 2015. Neither of the final rulings established the responsibility of the respondent state for genocide, although the crime had been established in the case of Bosnia. The article will look into the requirements for the genocide to be established and what was the missing link between the crime and the defendant state.

Keywords: *Genocide Convention; International Court of Justice; Bosnian genocide case; Croatia; Serbia.*

1. INTRODUCTION

The crime of genocide is often called the crime of crimes, as the worst crime that can be committed by humans against other humans. Its genesis in legal terms is connected with the atrocities committed in WW2 against the Jews and other groups of people although the “practice” had existed long before that war.¹ However, the

* Vesna Crnić-Grotić, Ph.D., Full Professor, University of Rijeka, Faculty of Law; vesnacg@pravri.hr

1 For example, the dispute between Armenia and Turkey about the mass killing of Armenians in 1915-1917 is still on-going. Lately, the dispute was internationalized as other states are taking sides. See the list of States agreeing with Armenia (21) at < <http://genocide.am/>

Convention for the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide was adopted after the war.² Legally, that meant that it was not applicable to the crimes committed in WW2 as that would run against the principle of non-retroactivity of criminal law.

It took almost 50 years to have the 1948 Convention applied by international judiciary. Between 1990 and 1998 horrible massive crimes and atrocities were committed in the non-international conflict in Rwanda and the wars in the former Yugoslavia. It was only in the wake of these conflicts that the international criminal tribunals as well as the International Court of Justice (ICJ) and, to a lesser extent, the European Court of Human Rights, had a chance to interpret and apply the Convention. Their judgements reflect their different jurisdictions and their statutes, but their case-law clarified the basic requirements and elements for a crime to be considered “genocide” and to distinguish it from similar concepts of the crimes against humanity and ethnic cleansing.

It will be the task of this paper to look into the present understanding of the crime of genocide as interpreted by these courts with a particular emphasis on the two cases decided by the ICJ dealing with the wars in former Yugoslavia. The first case appearing before that court was the case of Bosnia v. Yugoslavia in 1993. The Court made its ruling on the merits in 2007. The following ruling concerned the case of Croatia v. Serbia in 2015. Neither of the final rulings established the responsibility of the respondent State for genocide, although the crime itself had been established in the case of Bosnia. The article will look into the requirements for the genocide to be established and what was the missing link between the crime and the respondent State.

2. GENOCIDE AND THE CRIMES AGAINST HUMANITY

The term genocide was defined as a separate crime by a Polish-Jewish-American lawyer Raphael Lemkin.³ In 1944 he wrote about “a crime without a name”⁴ consisting of “the destruction of whole populations - of national, racial and religious groups - both biologically and culturally”.⁵ The planned and systematic extermination of the whole nations had to be treated differently due to its horrific nature so Lemkin coined a new name from the Greek *genos*, meaning race or tribe, and the termination “-cide”, from the Latin *caedere*, to kill. The core of his definition related to “a conspiracy to

article/recognition_of_the_armenian_genocide.html> (visited 17.09.2019). In 2015 the Grand Chamber of the European Court of Human Rights (ECtHR) ruled that it was against Art. 10 (freedom of expression) of the ECHR to punish the applicant for denying the genocide in Armenia. *Perinçek v. Switzerland*, ECtHR GC 2015, para. 280.

2 The Convention was adopted unanimously by the UN General Assembly, 9 Dec. 1948. United Nations, Treaty Series, vol. 78, p. 277.

3 Lemkin, R., *Axis Rule in Occupied Europe: Laws of Occupation, Analysis of Government, Proposals for Redress*, Washington: Carnegie Endowment for World Peace, 1944. See about Lemkin’s legacy in Sands, Phillippe, *East West Street: On the Origins of Genocide and Crimes against Humanity*, Weidenfeld & Nicolson, 2016.

4 Lemkin attributes this phrase to Winston Churchill. Raphael Lemkin, ‘Genocide’, 15 (2) *American Scholar*, 227 (1946), p. 227. Available at: < <http://www.preventgenocide.org/lemkin/americanscholar1946.htm>> (visited 17.09.2019).

5 *ibid.*

exterminate national, religious or racial groups” reflecting the *Holocaust* committed against Jews and other groups in WW2.⁶

By that time it was already too late to have this crime included in the Nuremberg trial to the Nazi leading criminals.⁷ The trial was based on the London Charter and the Statute of the International Military Tribunal from 1945. It provided three categories of crimes: crimes against the peace, war crimes and crimes against humanity, which included murder, enslavement or deportation of civilians or persecution on political, religious or racial grounds. As described in the London Charter and based in international customary law, the crimes against humanity come rather close to the crime of genocide, so much so, that genocide is considered to be part of the crimes against humanity.⁸ However, there were several important ‘deficiencies’ in the crimes against humanity that were not able to cover all the aspects of genocide. First of all, these crimes were confined to atrocities committed in association with an aggressive war and the crimes committed during peace-time were not included. The Nazi regime, however, began with atrocities before the war began.⁹ Furthermore, crimes against nationals were also excluded, while the first victims of the *Holocaust* were the German nationals. The definition of the crimes against humanities protected civilian population as such regardless of their national, ethnic or religious affiliation. Finally, the crimes against humanity were covered by national jurisdiction and it was necessary to make it subject to international jurisdiction.¹⁰

Lemkin advocated and even strongly lobbied for the adoption of a new international convention that will have covered genocide as a separate crime, different from the hitherto existing crimes against humanity with all their limitations. The United Nations General Assembly was open to suggestion based on the 1946 GA

6 *ibid.*

7 The International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR) pointed out in *Kambanda*: “the crimes prosecuted [at Nuremberg]... were very much constitutive of genocide, but could not be defined as such because the crime of genocide was not defined until later.” *Prosecutor v. Kambanda*, ICTR 97-23-S, Judgment and Sentence, 4 September 1988, para. 16.

8 The International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY) concluded that genocide was a crime against humanity and that it belonged to a ‘genus’ that included the crime against humanity of persecution. *Prosecutor v. Sikirica et al.*, (Case No. IT-95-8-I), Judgment on Defence Motions to Acquit, 3 September 2001, para. 58, a. *See*: Daillier, P., Pellet, A., Quoc Dinh, N., *Droit International Public*, 7th ed., Paris, L.G.D.J., 2002, p. 715.

9 Schabas claims that since then the law concerning crimes against humanity has evolved substantially: “That crimes against humanity may be committed in time of peace as well as war has been recognized in the case law of the *ad hoc* international tribunals, and codified in the Rome Statute.” Schabas, W., *Genocide in International Law: The Crime of Crimes*, 2nd ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p. 14.

10 The existing law at the time was interpreted as preventing interfering in ‘domestic affairs’ whatever their nature. (The concept still exists and is known as *domain réservé* although much narrower). Allied Powers were looking for the way to include the atrocities committed against Germans under the charges in Nuremberg so they connected them to the aggressive war: “They were a part of the preparation for war or for the conduct of the war in so far as they occurred inside of Germany and that makes them our concern.” Minutes of Conference Session of 23 July 1945, available at < <http://avalon.law.yale.edu/imt/jack44.asp>> (visited 17.09.2019).

Resolution 96/I on the crime of genocide.¹¹ The initiative was finalized at the Third GA Session in 1948. The Convention for the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (henceforth: the Convention) was adopted unanimously at the same session as the Universal Declaration of Human Rights, another fundamental instrument for the protection of human rights.¹² They both marked the beginning of an era in which the protection and promotion of human rights will be an object of international co-operation and universal implementation.

The Convention entered into force in 1951 after the first twenty instruments of ratification were deposited and in 2019 it has 152 States Parties out of 193 UN Member States.¹³ Its Article IX provides for the jurisdiction of the International Court of Justice (ICJ) for disputes between the States Parties “relating to the interpretation, application or fulfilment of the present Convention, including those relating to the responsibility of a State for genocide or for any of the other acts enumerated in article III ... at the request of any of the parties to the dispute.” This provision will be the legal foundation for the disputes that were brought before the ICJ in 1990ies.¹⁴ For the first time in its history they gave the ICJ the opportunity to give its interpretation of the Convention and to connect it to the rules on State responsibility.

However, before the inter-State genocide cases, the ICJ had had a chance to look into the Convention but from another point of view. Namely, in 1951 the UN GA asked the Court to give an advisory opinion regarding the reservations to the Genocide Convention.¹⁵ In its opinion the ICJ associated GA Resolution 96(I) with the Convention and concluded “that the principles underlying the Convention are principles which are recognized by civilized nations as binding on States, even without any conventional obligation” thus recognizing the universal nature of its rules.¹⁶

Today there is no doubt that there is an international law rule prohibiting genocide and that it is an imperative norm (*jus cogens*) of international law.¹⁷ Furthermore, the

11 The text of the resolution is available at: <<http://www.un.org/documents/ga/res/1/ares1.htm>> (visited 17.09.2019).

12 Universal Declaration of Human Rights was adopted on 10 December 1948. GA Res. 217A (III), UN Doc A/810 at 71 (1948).

13 UN Treaty Collection, available at: <<https://treaties.un.org/>>. According to Art. 14 the Convention had a limited duration of 10 years that was supposed to be extended thereafter for successive periods of five years. So far, neither party has renounced the Convention.

14 Degan claims that this is the only multilateral treaty which entitles its States-parties to unilaterally bring claims against any other State-party before the ICJ. Degan, V. Đ., *Zločin genocida pred Međunarodnim sudom u Haagu*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, 53, 2/2016, p. 334.

15 The request was provoked by the fact that some States, including the Soviet Union, made a reservation to Art. IX. The question was raised by some other States (signatory and contracting States) whether they were entitled to do so and even whether they could be considered parties to the Convention.

16 Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Advisory Opinion), [1951] I.C.J. Reports 16, p. 23.

17 The concept of *jus cogens* was codified in the Vienna Convention on the Law of Treaties, Art. 50. The UN International Law Commission illustrated the concept with, among others, the use of force, piracy and genocide. Daillier and Pellet, *op.cit.*, p. 205.

norm has *erga omnes* scope.¹⁸ This has been broadly accepted by the writers and the practitioners not just of international law, but also at the national level.¹⁹ The ICJ has confirmed that the prohibition of genocide is a rule of the customary international law.²⁰ Moreover, the ICJ confirmed that the prohibition of genocide is „assuredly” a peremptory norm (*jus cogens*) of international law.²¹

In further development of international criminal law the Security Council of the UN established two international criminal courts: the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY) and the International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR). Their respective statutes include the crime of genocide as one of the punishable acts.²² Consequently, these tribunals were in position to apply and interpret the elements of the crime of genocide in relation to individual criminal responsibility. The ICJ recognized the value of their work in establishing facts although the ICJ has not always accepted their legal views.²³ In both the Bosnian and the Croatian case the ICJ accepted “as highly persuasive relevant findings of fact” by the ICTY and claimed that it would attach “the utmost importance to the factual and legal findings made by the ICTY in ruling on the criminal liability of the accused before it” including the Tribunal’s findings about the existence of the required intent.²⁴

The International Criminal Court (ICC) established in 2002 by the Rome Statute as a permanent criminal court also provides for the crime of genocide as one of the

18 The concept of *erga omnes* obligations was confirmed by the ICJ in the Barcelona Traction case (Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment, I.C.J. Reports, 1970, p. 3, 32). Shaw explains the difference between these two concepts in the following way: “While there may be significant overlap between these two in terms of the content of rules to which they relate, there is a difference in nature. The former concept concerns the scope of application of the relevant rule, that is the extent to which states as a generality may be subject to the rule in question and may be seen as having a legal interest in the matter. It has, therefore, primarily a procedural focus. Rules of *jus cogens*, on the other hand, are substantive rules recognised to be of a higher status as such.” Shaw, M., *International Law*, 6th ed., Cambridge, Cambridge University Press 2008, p. 124.

19 See *Jorgic v. Germany*, ECtHR 2007. The applicant was sentenced by German courts for genocide committed in Bosnia (Doboj).

20 For example in Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia), Judgment, I.C.J. Reports 2015, p. 3., (henceforth: Croatia 2015), para. 105.

21 *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda)*, Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 2006, p. 6, para. 64, p. 32.

22 The tribunals were established by the UN SC resolutions: UN Doc. S/RES/827 (1993), Statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia; UN Doc. S/RES/955 (1994), Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda.

23 See critical observations by Sa’Couto, S., *Reflections on the Judgment of the International Court of Justice in Bosnia’s Genocide Case against Serbia and Montenegro*, Human Rights Brief, 15, 2/2007, pp. 2–6.

24 Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgment, I.C.J. Reports 2007, p. 43, paras. 223 and 403 (henceforth: Bosnia 2007). The same approach was taken in the Croatian case. Croatia 2015, para. 182.

punishable acts.²⁵ However, more than 15 years on this court has not developed any relevant practice concerning genocide.²⁶

3. GENOCIDE CASES BEFORE THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE

As said before, the ICJ has been in position to interpret the 1948 Convention in connection with the wars in the former Yugoslavia. The break-up of Yugoslavia was bloody and cruel. The regime of Slobodan Milošević in Belgrade incited wars in Croatia, Bosnia and Hercegovina and finally in Kosovo that resulted in barbaric atrocities and violence. Two States, Bosnia and Hercegovina in 1993 and Croatia in 1999, decided to engage Art. IX of the Convention. They brought cases against Serbia to the ICJ in The Hague claiming that the atrocities committed by the Yugoslav People's Army and the Serbian forces amounted to genocide and that Serbia was internationally responsible.²⁷ Serbia filed counter-claims in both cases but retracted the one against Bosnia and Hercegovina. Before the decision was made on the merits, in both cases the Court had to resolve the issue of its jurisdiction because Serbia objected to it. Consequently, the Court ruled that it had jurisdiction to deal with the disputes on the basis of Article IX of the Genocide Convention.²⁸

During the same period and following the NATO bombing of the FRY, that State brought claims against ten NATO member States invoking the Genocide Convention's Art. IX. However, all the cases were dismissed by the Court in the preliminary phase concluding that it lacked jurisdiction in all of these cases.²⁹

It would not be possible in this article to describe in details the factual and juridical conclusions of the Court in the genocide cases so the emphasis will be put on the ICJ holdings in the interpretation of Art. II of the Convention relating to the definition of the elements of the crime of genocide. The views held by the ICJ clarified

25 Rome Statute of the International Criminal Court, 2187 U.N.T.S. 90, signed in 1998, entered into force 1 July 2002.

26 So far, there has been only one defendant charged with the crime of genocide, Omar Al-Bashir. However, he is still at large so the case is in pre-trial phase. International Criminal Court, <<https://www.icc-cpi.int/darfur/albashir>> (visited 17.09.2019).

27 Originally, claims were made against the Federal Republic of Yugoslavia (Serbia and Montenegro). The FRY tried to claim continuity with the former State SFRY by a declaration adopted on 27 April 1992. However, in 2006 that State devolved to Serbia and Montenegro. The Court accepted that Serbia took the respondent's position in both cases.

28 Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia), Preliminary Objections, Judgment of 11 July 1996, I.C.J. Reports 1996, p. 595 (henceforth: Bosnia 1996). Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2008, p. 412 (henceforth: Croatia 2008).

29 The cases are called *Case concerning the Legality of the Use of Force*, decided in 1999 and 2004 respectively. In 2002, the Democratic Republic of Congo charged Rwanda with genocide. The case was dismissed in 2006 based on Rwanda's reservation to Art. IX of the Convention. *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda)*, Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 2006, p. 6.

much of the insecurity and variety of approaches to this issue and consolidated many aspects of this crime. It is only normal that the Court did it in the context of the contemporary developing international criminal and humanitarian law. Nevertheless, critics may also ask whether the ICJ failed fully to use the opportunity to help prevent and punish the crime of genocide as well as to make States responsible for those under their wing who commit the crime.

3.1. Definition of Genocide

The ICJ decided that the Convention is the sole basis of its jurisdiction and the applicable law. It would, however, also apply other applicable rules of international law, such as the rules on interpretation of treaties or those relating to the responsibility of States.³⁰ In other words, it would not look beyond the Convention for establishing whether the crime of genocide was committed. Consequently, if the crime was not committed, the Court would not look into any other question.

Art. II of the Convention defines the crime of genocide as: “any of the following acts committed with intent to destroy, in whole or in part, a national, ethnical, racial or religious group, as such:

- (a) Killing members of the group;
- (b) Causing serious bodily or mental harm to members of the group;
- (c) Deliberately inflicting on the group conditions of life calculated to bring about its physical destruction in whole or in part;
- (d) Imposing measures intended to prevent births within the group;
- (e) Forcibly transferring children of the group to another group.”

Accordingly, there are two elements of the crime: a) *Actus reus* as the physical element and b) *Mens rea* as the mental element of the act. The *mens rea* is necessary in criminal law as the perpetrator, in order to be held responsible, has to have the intent to commit the acts - willingly or inadvertently or with negligence. However, the *mens rea* in this instance includes *dolus specialis* – a special intent that the ICJ ultimately held to be the most important part of the definition. It has to be established in order to distinguish genocide from other serious crimes committed during the conflicts.³¹ The Court emphasised that these elements are linked and that the “determination of *actus reus* can require an enquiry into intent”.³²

In order to determine the mental element, the Court had to establish the meaning of “destruction of a group”. The group in this context must be distinguishable from other groups but it does not mean the group in its totality since the Convention provides

30 Croatia 2015, para. 124-125.

31 Shaw concludes: “[P]erhaps the distinctive feature of the crime is the importance of establishing the specific intent to destroy the group in question in whole or in part, for genocide is more than the act of killing. This was emphasised by the ICTY in the Jelisić case, which noted that ‘it is in fact the *mens rea* [i.e. the intention as distinct from the actual act] which gives genocide its speciality and distinguishes it from an ordinary crime and other crimes against international humanitarian law’.” Shaw, M., op. cit., p. 431.

32 Croatia 2015, para. 130.

for the destruction of the group “in whole or in part”. In Bosnia the Court established that “in part” has to relate to a substantial part of the group.³³ Furthermore, the size of the group is determined with respect to the geographical area of the perpetrator’s activity and control such as a region of a country or even a municipality.³⁴ The Court relied on the Krstić judgment of the ICTY that even the prominence of the destroyed group may be relevant “if a specific part of the group is emblematic of the overall group”.³⁵ These criteria were used by the Court both in the Bosnian and the Croatian case.

In the case of Bosnia the Court did not accept “non-Serbs” to be considered as a group within the meaning of Art. II although the Serbian forces conducted violence against Muslims, Croats and members of other groups without much distinction.³⁶ On the other hand, Muslim men in the Srebrenica region could be considered as a group that was the object of destruction.³⁷ In Croatia, the Croats were a majority population in Croatia and they could be taken as a protected group, but they were not all targeted by the considered acts. The part of the population that lived in the areas under attack, however, was accepted by the Court as forming a ‘substantial part’ of the protected group.³⁸

The core of the crime of genocide is the *destruction* of the group. The Court insists that the destruction has to be physical or biological and that all acts enumerated in Art. II have to have that object or intent.³⁹ According to the Court “the intent to destroy a national, ethnic, racial or religious group as such is specific to genocide and distinguishes it from other related criminal acts such as crimes against humanity and persecution”.⁴⁰ This intent reflects *dolus specialis*. The killings have to be deliberate; the torture, including rape, has to be serious and contributing to the destruction of the group as have to be the conditions of life that the group was put in. The overall number of victims has to, therefore, reflect that intent and it has to be substantial.⁴¹

33 Bosnia 2007, p. 126, para. 198.

34 *ibid*, para. 199.

35 The ICTY concluded that “the intent to destroy a group, even if only in part, means seeking to destroy a distinct part of the group as opposed to an accumulation of isolated individuals within it.” Krstić case, Judgment of 19 April 2004, para. 12.

36 Bosnia 2007, para. 196. In comparison, the ICTY often uses this expression.

37 Bosnia 2007, para. 296.

38 This was not disputed by Serbia. Croatia 2015, paras. 205, 406.

39 The Court did not accept “cultural genocide” although it took into consideration acts of destruction of cultural monuments and institutions as part of efforts to destroy the group: “[The Court] endorses the observation made in the Krstić case that ‘where there is physical or biological destruction there are often simultaneous attacks on the cultural and religious property and symbols of the targeted group as well, attacks which may legitimately be considered as evidence of an intent to physically destroy the group.’” Bosnia 2007, para. 344. Similar reasoning found in Croatia 2015, para. 387.

40 Bosnia 2007, pp. 121-122, paras. 187-188.

41 In the Croatian case the Court opined that the number of 12.500 deaths claimed by Croatia “is small in relation to the size of the targeted part of the group” (1.7 to 1.8 millions), Croatia 2015, para. 437. With respect to the counter-claim the Court emphasized that “not all of the acts alleged by Serbia as constituting the physical element of genocide have been factually proved. Those which have been proved, in particular the killing of civilians and the ill-treatment of

As for the physical element of the crime, it consists of the acts enumerated in Art. II of the Convention. In the cases brought by Bosnia and Croatia the parties showed evidence of mass killings, tortures, rapes, mutilations, even death camps. Much of the evidence was taken from the case law of the ICTY that the ICJ, as was shown above, accepted “as highly persuasive”.⁴² Based on this and other evidence, the Court did not have many difficulties in concluding that *actus reus* had in most cases been established, especially with respect to paragraphs a) and b) of Art. II.⁴³ In addition, the Court established that concentration or death camps in Bosnia were the places where terrible conditions were inflicted upon detainees.⁴⁴

However, the established *actus reus* does not amount to genocide unless committed with the special intent or *dolus specialis* which takes it over the threshold from crime against humanity to the “crime of crimes”. In the Bosnian genocide case the Court made very explicit interpretation of that requirement:

“187. It is not enough that the members of the group are targeted because they belong to that group, that is because the perpetrator has a discriminatory intent. Something more is required. The acts listed in Article II must be done with intent to destroy the group as such in whole or in part. The words ‘as such’ emphasize that intent to destroy the protected group.”

The crime of “ethnic cleansing” is often overlapping with genocide due to the similarities between their executions.⁴⁵ It is fair to say that the *actus reus* is the same since in both cases it includes extreme violence against the protected population.⁴⁶ The Court, nevertheless, rejected to consider ethnic cleansing as genocide despite the fact

defenceless individuals, were not committed on a scale such that they could only point to the existence of a genocidal intent”. Ibid, para. 512.

42 The Serbian counter-claim against Croatia relied mostly on the Trial Chamber verdict against Croatian generals Gotovina and Markač. However, when the Appeals Chamber quashed the conviction and acquitted the generals the ICJ took only the parts that were not “upset” by the Appeals Chamber judgment. The Court held that: “the Court cannot treat the findings and determinations of the Trial Chamber as being on an equal footing with those of the Appeals Chamber. In cases of disagreement, it is bound to accord greater weight to what the Appeals Chamber Judgment says, while ultimately retaining the power to decide the issues before it on the facts and the law”. Croatia 2015, para. 471.

43 It is not necessary to commit all the acts enumerated in Art. II. “Report of the International Law Commission on the Work of Its Forty-Eighth Session, 6 May-26 July 1996,” UN Doc. A/51/10, Commentary on Article 17, para. 18.

44 Bosnia 2007, para. 354. However, the Court did not accept that these acts were perpetrated with the necessary *dolus specialis*.

45 According to the Commission of Experts established by the UN SC in 1992 (Res. 780) “ethnic cleansing” is a “relatively new” expression (Interim Report of 10 February 1993, UN Doc. S/25274:). The Rome Statute of the ICC recognizes the “deportation or forcible transfer of population” as a crime against humanity in Art. 7(2) although it does not use the term “ethnic cleansing” in its provisions. See: Singleterry, D., “Ethnic Cleansing” and Genocidal Intent: A Failure of Judicial Interpretation?, *Genocide Studies and Prevention: An International Journal*, 5, 1/2010. Available at: <<http://scholarcommons.usf.edu/gsp/vol5/iss1/4>> (visited 17.09.2019).

46 “The term ‘ethnic cleansing’ is used as a euphemism for genocide despite it having no legal status.” Blum, R. et al., ‘Ethnic Cleansing’ Bleaches the Atrocities of Genocide, *European Journal of Public Health*, 18, 2/2007, p. 204.

that the former may amount to the latter. Whether genocide happened will depend “on the presence or absence of acts listed in Article II of the Genocide Convention, and of the intent to destroy the group as such. In fact, in the context of the Convention, the term “ethnic cleansing” has no legal significance of its own.”⁴⁷ It may, however, “be significant as indicative of the presence of a specific intent (*dolus specialis*) inspiring those acts”.⁴⁸

How does one establish whether the crimes were perpetrated with the special intent to destroy a national, ethnic or religious group? The difficulty of obtaining explicit genocidal plans seems to have been foreseen by the drafters of the Convention. They rejected proposals to include “issuing instructions or orders and distributing tasks with a view to committing genocide” among the crimes listed in Art. II.⁴⁹ Obviously, a political proclamation by an official State body would not be easily found.⁵⁰

In the Bosnian case the Court rejected Applicant’s claim that the Decision on Strategic Goals issued on 12 May 1992 by Momčilo Krajišnik as the President of the National Assembly of the Republika Srpska, published in the Official Gazette of the Republika Srpska or some subsequent statements made by Karadžić were establishing the specific intent to commit genocide. Although they spoke of the intent to create an ethnically clean Serbian State, the Court was not convinced that this goal could only be achieved through genocide. In the Croatian case the Court did not accept that a memorandum issued by the Serbian Academy of Science is contemplating the future genocide for the purpose of creating the Greater Serbia. The document has, in the Court’s view, no official standing and “certainly does not contemplate the destruction of the Croats”.⁵¹ In the case of the Serbian counter-claim against Croatia, the Court rejected claims by Serbia that the so-called Brioni Transcript of the meeting of Croatia’s top military leaders before the military operation “Storm” would represent a genocidal plan. Instead, the Court concluded that it is “far from demonstrating an intention on the part of the Croatian leaders physically to destroy the group of Croatian Serbs, or the substantial part of that group constituted by the Serbs living in Krajina.”⁵²

In absence of a State plan the Court looked for the special intent through “the pattern of behaviour” or “the pattern of conduct”. In addition, it “may be inferred from the individual conduct of perpetrators of the acts contemplated in Article II of the Convention”.⁵³ In its 2007 Judgment, the Court held that:

47 Bosnia 2007, para. 190.

48 loc. cit.

49 UN Doc. A/C.6/215 Rev. 1. The origin of the term and its connection to genocide is discussed in a contemporary article by Petrović, D., *Ethnic Cleansing - An Attempt at Methodology*, *European Journal of International Law*, 5, 3/1994, p. 342.

50 Even the final protocol of the Wannsee Conference held in 1942 never explicitly mentioned extermination of the Jews although it was the bases of the *Holocaust*. Wannsee Conference, <<https://www.britannica.com/event/Wannsee-Conference>> (visited 17.09.2019).

51 Croatia 2015, para. 422. The Court also rejected statements made by Vojislav Šešelj and other political figures as un-official.

52 Croatia 2015, para. 504. The same conclusion was made by the Trial and the Appeals Chamber in the Gotovina case.

53 In Blagojević the ICTY Trial Chamber concluded that it is “not sufficient that the perpetrator

“The *dolus specialis*, the specific intent to destroy the group in whole or in part, has to be convincingly shown by reference to particular circumstances, unless a general plan to that end can be convincingly demonstrated to exist; and for a pattern of conduct to be accepted as evidence of its existence, it would have to be such that it could only point to the existence of such intent”.⁵⁴

Moreover, “for a pattern of conduct, that is to say, a consistent series of acts carried out over a specific period of time, to be accepted as evidence of genocidal intent, it would have to be such that it could only point to the existence of such intent, that is to say, that it can only reasonably be understood as reflecting that intent”.⁵⁵

Looking at the established *actus reus* in the cases before it, the Court recognized the necessary intent only in the massacre in Srebrenica when about 8.000 Muslim men had been killed between 13 and 19 of July 1995.⁵⁶ In reaching this conclusion the Court relied heavily on the ICTY judgments in the Krstić and the Blagojević and Jokić cases, accepting their findings that the Serbian forces at one point changed their military target from “reducing the enclave to the urban area” to “taking over Srebrenica town and the enclave as a whole.” Moreover:

“[A]ll these acts constituted a single operation executed with the intent to destroy the Bosnian Muslim population of Srebrenica. The Trial Chamber finds that the Bosnian Serb forces not only knew that the combination of the killings of men with the forcible transfer of women, children and elderly, would inevitably result in the physical disappearance of the Bosnian Muslim population of Srebrenica, but clearly intended through these acts to physically destroy this group.”⁵⁷

As for other instances that Bosnia claimed were genocide the Court agreed that in many places horrific crimes were committed against the non-Serb population and the pattern of conduct was discernible. Nevertheless, none of them amounted to genocide but was consistent with crimes against humanities, crime of persecution, killing, torture, rape, ethnic cleansing.⁵⁸

In the Croatia case the Court accepted that there was a “pattern of conduct ... in widespread attacks by the JNA and Serb forces on localities with Croat populations in various regions of Croatia, according to a generally similar *modus operandi*.”⁵⁹ It consisted of a joint attack and occupation by the JNA and Serb forces of the

simply knew that the underlying crime would inevitably or likely result in destruction of the group. The destruction, in whole or in part, must be the aim of the underlying crime(s).” Blagojević, IT-02-60-T, Judgment, 17 January 2005, para. 656.

54 Bosnia 2007, pp. 196-197, para. 373. Croatia 2015, para.145

55 Croatia 2015, para. 510.

56 Bosnia 2007, para. 295-297.

57 Blagojević, IT-02-60-T, Judgment, 17 January 2005, para. 674, 677.

58 “...the Applicant has not established that any of the widespread and serious atrocities, complained of as constituting violations of Article II, paragraphs (a) to (e), of the Genocide Convention, were accompanied by the necessary specific intent (*dolus specialis*) on the part of the perpetrators. It also finds that the Applicant has not established the existence of that intent on the part of the Respondent, either on the basis of a concerted plan, or on the basis that the events reviewed above reveal a consistent pattern of conduct which could only point to the existence of such intent.” Bosnia 2007, para. 376.

59 Croatia 2015, para. 416.

localities. They would then create a climate of fear and coercion, by killing people and committing other violent acts against the population and the occupation would end with the forced expulsion of the Croat population.⁶⁰ Nevertheless, the Court insisted that the genocidal intent had to be the *only* possible reasonable conclusion of the pattern of conduct which the Court could not reach in this case. In its view, there could be other explanations for such conduct, like the ethnic cleansing that the Court refused to equate with genocide or the punishment of the enemy, as the Court concluded in one of the most prominent cases claimed by Croatia, that of the massacre of Vukovar.⁶¹ In the case of counter-claim of Serbia against Croatia, the Court could not establish the pattern of conduct. Despite the established *actus reus* in some instances, the Court concluded that “Serbia’s ‘pattern of conduct’ argument cannot succeed. The Court cannot see in the pattern of conduct on the part of the Croatian authorities immediately before, during and after Operation “Storm” a series of acts which could only reasonably be understood as reflecting the intention, on the part of those authorities, physically to destroy, in whole or in part, the group of Serbs living in Croatia.” The scale of the crimes committed did not point “to the existence of a genocidal intent”.⁶²

In conclusion, the ICJ accepted that the crime of genocide was only committed in Srebrenica since all the elements of the crime of genocide were established. Genocide was committed by the VRS – the Army of the Republika Srpska, a paramilitary force of the Bosnian Serbs. The next question to be answered by the Court was whether the Republic of Serbia was responsible for the acts committed by the VRS.

The Croatian claim, on the other hand, was rejected as was the Serbian counter-claim because no genocide was established by the Court.⁶³

4. STATE RESPONSIBILITY FOR GENOCIDE

The established genocide *ergo* was perpetrated by a non-state actor – the paramilitary forces belonging to the self-proclaimed State of the Republika Srpska. However, Bosnia claimed that the responsibility lies with the State of FRY/Serbia that “directly, or through the use of its surrogates” breached the 1948 Convention. In order to establish Serbia’s responsibility the Court turned to the rules on State responsibility under customary international law. It had to decide whether the acts were committed by persons or organs whose conduct is attributable, specifically in the case of the events at Srebrenica, to the Respondent.⁶⁴

60 *ibid.*, para. 415.

61 *ibid.*, para. 430. The Court relied on the findings of the ICTY and the fact that no charges were made for genocide in Ovčara mass killings after the fall of Vukovar. It also gave weight to the fact that a number of prisoners and Croatian civilians had been “released”. In fact, many had been taken to prison camps in Serbia and exposed to killings and further violence.

62 Croatia 2015, para. 511-512.

63 The counter-claim was rejected unanimously while the Croatian claim was rejected with two dissenting opinions by judges Caçado Trindade and Vukas (*ad hoc* judge).

64 At the outset, the Court rejected the alleged admission by Serbia made by a declaration by the Council of Ministers in June 2005.

The Court confirmed that States can be responsible for the crime of genocide, not just for failing to prevent it but also for perpetrating it:

“It would be paradoxical if States were thus under an obligation to prevent, so far as within their power, commission of genocide by persons over whom they have a certain influence, but were not forbidden to commit such acts through their own organs, or persons over whom they have such firm control that their conduct is attributable to the State concerned under international law. In short, the obligation to prevent genocide necessarily implies the prohibition of the commission of genocide.”⁶⁵

States can commit international crimes through the actions of their organs or persons or groups whose acts are attributable to them but, said the ICJ, the evidence had to be “at a high level of certainty appropriate to the seriousness of the allegation.”⁶⁶

The rules on attribution are codified by the ILC Draft Articles on State Responsibility (henceforth: Draft Articles) as adopted by the UN GA resolution in 2001.⁶⁷ Accordingly, States are first and foremost responsible for the acts or omissions by their proper organs.

In this particular case it was necessary to establish whether the (then) FRY or its military, being indisputably an organ of the FRY, took part in the Srebrenica massacre. The Court limited the inspection to a very narrow time-window in July 1995 when the genocide had taken place. It established that the FRY army participated in military operations in Bosnia and Herzegovina in the years prior to the events at Srebrenica but refused to accept as proved “that there was any such participation in relation to the massacres committed at Srebrenica”.⁶⁸ The arguments that the VRS staff, (possibly) including General Mladić as the commander in chief, remained on the payroll of the FRY the ICJ also rejected. It held that this reason alone is not sufficient to consider the VRS or General Mladić Serbia’s State organs as used in customary international law and in Art. 4 of the Draft Articles.⁶⁹ The Court basically assumed that “[t]hose officers were appointed to their commands by the President of the Republika Srpska, and were subordinated to the political leadership of the Republika Srpska. In the absence of evidence to the contrary, those officers must be taken to have received their orders from the Republika Srpska or the VRS, not from the FRY”.⁷⁰

A similar argument – based on assumptions – seems to have been used with respect to the various military units taking part in genocide. The ICJ established that

65 Bosnia 2007, para. 166.

66 *ibid.*, para. 210 The critics noted, however, that the ICJ accepted the withholding of evidence by Serbia with limited reference to Art. 49 of its Statute. Bosnia requested the Court to ask Serbia to provide clean copies (without black marker editing) of documents of the Supreme Defence Council of Serbia but the Court denied the request claiming that “the Applicant has extensive documentation and other evidence available to it, especially from the readily accessible ICTY records.” *Ibid.*, para. 206. For critical remarks see: Bosnia 2007, Dissenting Opinion of Vice-President Al-Khasawneh, para. 35.

67 The UN General Assembly took note of the Draft Articles in Resolution A/RES/56/83 of 12 December 2001.

68 Bosnia 2007, para. 386.

69 Draft Articles, Art. 4.2: „An organ includes any person or entity which has that status in accordance with the internal law of the State.“

70 Bosnia 2007, para. 388.

the “Scorpions” could have been a State organ of the FRY in 1991 but lacked evidence that they were still holding the same position in mid-1995 in Srebrenica.⁷¹ In a further argument the Court advanced its quite formalistic approach:

“Judging on the basis of these materials, the Court is unable to find that the “Scorpions” were, in mid-1995, *de jure* organs of the Respondent. Furthermore, the Court notes that in any event the act of an organ placed by a State at the disposal of another public authority shall not be considered an act of that State if the organ was acting on behalf of the public authority at whose disposal it had been placed.”⁷²

It seems as if the Court condones a kind of “outsourcing” of genocide – if States pass the actual commission of the crime to “another public authority” including para-State entities, they bare no responsibility.

The question of responsibility for *de facto* organs of a State is not an easy one. In brief, the evidence has to show that the relationship of the perpetrators to the State “was so much one of dependence on the one side and control on the other that it would be right to equate” the perpetrators with a State organ or “as acting on behalf of that Government”. Looking for such a relationship of dependence in the Srebrenica genocide the Court reached a negative conclusion. In its view, the “political, military and logistical relations between the federal authorities in Belgrade and the authorities in Pale, between the Yugoslav army and the VRS, had been strong and close in previous years..., and these ties undoubtedly remained powerful, they were, at least at the relevant time, not such that the Bosnian Serbs’ political and military organizations should be equated with organs of the FRY”. The same conclusion was reached with respect to the Scorpions. Here again, the Court took only the very narrow time frame in July 1995 looking meticulously for signs of discord between the allies.⁷³

If the VRS or the “Scorpions” were not organs of the State of Serbia, could Serbia be responsible based on Art. 8 of the Draft Articles? It provides for the responsibility of the State “if the person or group of persons is in fact acting on the instructions of, or under the direction or control of that State in carrying out the conduct”. The Court confirmed that this is the rule of international customary law.⁷⁴

The question of the necessary “control” has been a source of controversy between the ICJ and the ICTY. The ICJ has established the necessary level of control in the Nicaragua case in 1986 when it opted for the strict or effective control test.⁷⁵ On the other hand, the ICTY opted for the “overall control” test.⁷⁶ On this point the ICJ made clear its stance that the two courts have distinct jurisdictions and that the ICTY was not called to give views “on issues of general international law which do not lie

71 The “Scorpions” were established in 1991 as part of the Ministry of Interior of the remnants of the former Yugoslavia. During the Milošević trial in The Hague the film was presented showing them killing prisoners in Trnovo, Srebrenica.

72 Bosnia 2007, para. 389.

73 Bosnia 2007, para. 394.

74 *ibid.*, para. 398.

75 Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America) (Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986, pp. 62-64).

76 Tadić case, Appeals Chamber (IT-94-1-A, Judgment, 15 July 1999).

within the specific purview of its jurisdiction”.⁷⁷ In view of the ICJ, the “effective control” must be exercised or the State’s instructions must be given “in respect of each operation in which the alleged violations occurred, not generally in respect of the overall actions taken by the persons or groups of persons having committed the violations”.⁷⁸ In the case of Srebrenica, the Court was not ready to accept that it was established that the massacres were committed on the instructions or under the direction of organs of Serbia. Neither did the Court accept that FRY exercised effective control over the operations in Srebrenica in July 1995. It was evident that the FRY assisted the VRS military, politically and logistically throughout the entire period before, during and after the genocide was committed. Nevertheless, Bosnia did not prove that Belgrade did that “in full awareness that the aid supplied would be used to commit genocide” so the FRY was neither responsible for complicity in genocide.⁷⁹ The ICJ did, however, find Serbia responsible for the breach of the Convention with respect to the duty to prevent and punish the crime.⁸⁰

5. CONCLUSION

The case on the breach of the Convention on Genocide before the ICJ presented the Court with the opportunity to clarify some of its aspects relating to the definition of the crime and the question of State responsibility.

The Court confirmed that States as well as individuals may commit genocide. Furthermore, it held that article IX of the Convention gives the Court jurisdiction to adjudicate charges by one State that another has perpetrated genocide.⁸¹ Furthermore, the Court clarified the elements of the crime of genocide. In its interpretation the Court kept a conservative approach, keeping the term genocide as close to the context of *Holocaust* as possible. It demands that *dolus specialis* is clearly established and that it refers to the intent to destroy – biologically and physically – a defined and separate group. Despite many similarities the Court refused to equate ethnic cleansing with genocide because of the lack of the *dolus specialis*. It is thus clear that the ICJ holds that ethnic cleansing is to be treated as a separate crime. In other words, the term genocide is meant to convey “mass killing” whereas “ethnic cleansing” signifies

77 Bosnia 2007, para. 401. Abass criticises this approach: “It is thus clear that the ILC and the ICTY’s positions reflect, to a greater extent than the ICJ, the state of customary international law on the modality of control to be proved in respect of an allegation of de facto organs of States”. Abass, A., Proving State Responsibility for Genocide: The ICJ in Bosnia v. Serbia and the International Commission of Inquiry for Darfur, *Fordham International Law Journal*, 31, 4/2007, p. 896.

78 “Genocide will be considered as attributable to a State if and to the extent that the physical acts constitutive of genocide that have been committed by organs or persons other than the State’s own agents were carried out, wholly or in part, on the instructions or directions of the State, or under its effective control.” Bosnia 2007, para. 400-401.

79 *ibid*, para. 423.

80 *ibid*, para. 471. The judges were split on all points of the judgment. Vice-President Al-Khasawneh appended a dissenting opinion and Judges Ranjeva, Shi and Koroma appended a joint dissenting opinion.

81 Schabas, W., *op. cit.*, 2009, p. 491.

the forced removal from a particular territory. Strictly using these elements the ICJ established that the crime of genocide had been committed only in Srebrenica refusing to accept the multitude of violent and horrific crimes elsewhere in Bosnia as being part of the same genocidal scheme.⁸²

With respect to the Serbia's responsibility for the Srebrenica genocide perpetrated by the Bosnian Serbs forces the Court rejected the claims that the VRS or the Scorpions acted as *de jure* or *de facto* organs of Serbia. Furthermore, it also refused to acknowledge that Serbia would be responsible based on the rule of international customary law as codified by Art. 8 of the Draft Articles on State Responsibility. It chose to disregard evidence pointing to the shared objectives of the Republika Srpska and the FRY and their common activities in achieving the ethnically cleansed Greater Serbia. Instead, it applied the Nicaragua control test despite the fact that the relationship between Serbia and the Republika Srpska were much closer and open than the clandestine relationship between the US government and the *contras* in Nicaragua. As the Vice-President of the Court, Judge Al-Khasawneh noted in his dissent: "When... the shared objective is the commission of international crimes, to require both control over the non-State actors and the specific operations in the context of which international crimes were committed is too high a threshold. The inherent danger in such an approach is that it gives States the opportunity to carry out criminal policies through non-state actors or surrogates without incurring direct responsibility therefore."⁸³

The intention of the Court was to preserve the term genocide only for the "super-crime". One may wonder whether with this approach the Court actually made genocide a "perfect crime" that will be impossible to prove in inter-State cases?⁸⁴

BIBLIOGRAPHY

Books:

1. Daillier, Patrick, Pellet, Alain, Quoc Dinh, Nguyen, *Droit International Public*, 7th ed., Paris, L.G.D.J., 2002,
2. Lemkin, Raphael, *Axis Rule in Occupied Europe: Laws of Occupation, Analysis of Government, Proposals for Redress*, Washington: Carnegie Endowment for World Peace, 1944.
3. Lemkin, Raphael, *Genocide*, *American Scholar*, 15, 2/1946, 227- 230,
4. Schabas, William, *Genocide in International Law: The Crime of Crimes*, 2nd ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2009,

82 In his very strong dissenting opinion the vice-president Al-Kasawneh asks the Court: "The Court essentially ignores the facts and substitutes its own assessment of how the Bosnian Serbs could have hypothetically best achieved their macabre Strategic Goals. ... Coupled with population transfers, what other inference is there to draw from the overwhelming evidence of massive killings systematically targeting the Bosnian Muslims than genocidal intent?" *Bosnia 2007, Dissenting Opinion of Judge Al-Khasawneh*, para. 41.

83 *ibid*, para. 39.

84 In July 2019 the Dutch Supreme Court ruled that The Netherlands bear a "very limited liability" for the events in Srebrenica putting aside, nevertheless, the direct applicability of the Genocide Convention. Text of the judgment available at: Rechtspraak, <<https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:HR:2019:1284>> (visited 19.09.2019).

5. Shaw, Malcolm, *International Law*, 6th ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2008.

Articles:

1. Abass, Ademola, Proving State Responsibility for Genocide: The ICJ in Bosnia v. Serbia and the International Commission of Inquiry for Darfur, *Fordham International Law Journal*, 31, 4/2008, pp 871-910,
2. Blum, Rony et al., 'Ethnic Cleansing' Bleaches the Atrocities of Genocide, *European Journal of Public Health*, 18, 2/2007, pp 204-209,
3. Degan, Vladimir Đ., Zločin genocida pred Međunarodnim sudom u Haagu, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, 53, 2/2016, pp 329-376,
4. Petrović, Dražen, Ethnic Cleansing - An Attempt at Methodology, *European Journal of International Law*, 5, 3/1994, pp 342-359,
5. Sa' Couto, Susana, Reflections on the Judgment of the International Court of Justice in Bosnia's Genocide Case against Serbia and Montenegro, *Human Rights Brief*, 15, 2/2007,
6. Singleterry, Douglas, "Ethnic Cleansing" and Genocidal Intent: A Failure of Judicial Interpretation?, *Genocide Studies and Prevention: An International Journal*, 5, 1/2010, pp 39-67. Available at: <<http://scholarcommons.usf.edu/gsp/vol5/iss1/4>> (visited 17.09.2019).

Case Law:

1. Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia), Preliminary Objections, Judgment of 11 July 1996, I.C.J. Reports 1996, p. 595
2. Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgment, I.C.J. Reports 2007, p. 43,
3. Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2008, p. 412
4. Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia), Judgment, I.C.J. Reports 2015, p. 3,
5. Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 2006, p. 6,
6. Blagojević and Jokić, (IT-02-60-T), Judgment, 17 January 2005,
7. Jorgic v. Germany, ECtHR 2007,
8. Krstić case, Appeals Chamber (IT-98-33-A), Judgment of 19 April 2004,
9. Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America) Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986,
10. Mothers of Srebrenica et. al., Hoge Raad, NL, ECLI:NL:HR:2019:1284, 19 July 2019.
11. Perinçek v. Switzerland, ECtHR GC 2015,
12. Prosecutor v. Kambanda, ICTR 97-23-S, Judgment and Sentence, 4 September 1998,
13. Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Advisory Opinion), I.C.J. Reports 1951,
14. Tadić case, Appeals Chamber (IT-94-1-A, Judgment, 15 July 1999).

Vesna Crnić-Grotić*

Sažetak

ZLOČIN GENOCIDA PRED MEĐUNARODNIM SUDOM PRAVDE

Kada je g. Raphael Lemkin oblikovao naziv genocida 1944. godine, zapravo je pokušavao ispuniti prazninu na postojećem popisu međunarodnih zločina, jer ni jedan, prema njegovu mišljenju, nije bio odgovarajući da opiše strašna masovna zlodjela tijekom Drugog svjetskog rata. Masovna pogubljenja Židova, Roma/ Cigana, Slavena i drugih skupina trebala su biti različita od „običnih“ zločina protiv čovječnosti. Njegova borba dovela je do prihvaćanja Konvencije UN o zabrani i kažnjavanju zločina genocida 1948. godine. Iako je primarna svrha Konvencija bila kažnjavanje pojedinaca, i države stranke mogu biti odgovorne zbog počinjenja zločina genocida. Odredba članka IX. Konvencije koja predviđa nadležnost Međunarodnog suda u Haagu jasno pokazuje u tom smjeru. Pa ipak, prva parnica pred tim sudom bila je ona između Bosne i Hercegovine protiv Srbije 1993. godine koju je Sud meritorno presudio 2007. Sljedeća presuda odnosila se na predmet Hrvatska protiv Srbije 2015. Ni jedna od konačnih presuda nije utvrdila odgovornost tužene države za zločin genocida iako je Sud utvrdio postojanje genocida u Bosni. Članak će prikazati koje zahtjeve Međunarodni sud smatra potrebni kako bi se utvrdio zločin genocida i koja je to karika potrebna između zločina i tužene države.

Ključne riječi: *Konvencija o genocidu; Međunarodni sud; parnica o genocidu; Bosna i Hercegovina; Hrvatska; Srbija.*

Zusammenfassung

VÖLKERMORD VOR DEM INTERNATIONALEN GERICHTSHOF

Als Raphael Lemkin 1944 den Begriff Völkermord erfand, versuchte er, die Lücke in der bestehenden Liste internationaler Verbrechen zu füllen, da seiner Ansicht nach kein dieser Verbrechen geeignet war, die schrecklichen Massengräuelaten des Zweiten Weltkriegs anzusprechen. Die Massenvernichtung von Juden, Zigeunern, Slawen und anderen Gruppen hätte sich von „gewöhnlichen“ Verbrechen gegen die Menschlichkeit unterscheiden sollen. Sein Kampf führte 1948 zur Verabschiedung des Übereinkommens der Vereinten Nationen zur Verhütung und Bestrafung des

* Dr. sc. Vesna Crnić-Grotić, redovita profesorica u trajnom zvanju, Sveučilište u Rijeci, Pravni fakultet; vesnacg@pravri.hr.

Völkermordes. Obwohl das Übereinkommen in erster Linie dazu bestimmt war, einzelne Täter zu bestrafen, können Vertragsstaaten auch für dasselbe Verbrechen zur Verantwortung gezogen werden. Der Verweis im Artikel IX des Übereinkommens auf die Zuständigkeit des Internationalen Gerichtshofs zeigt klar in diese Richtung. Die erste Rechtssache, die vor diesem Gericht anhängig wurde, war die Rechtssache Bosnien gegen Serbien im Jahr 1993, und der Gerichtshof entschied 2007 in der Sache. Die nächste Rechtssache betraf die Rechtssache Kroatien gegen Serbien im Jahr 2015. Keine der beiden endgültigen Entscheidungen stellte die Verantwortung des beklagten Staates für den Völkermord fest, obwohl das Verbrechen im Fall von Bosnien festgestellt worden war. Deshalb werden in diesem Beitrag die Voraussetzungen für den Völkermord und die fehlende Verbindung zwischen dem Verbrechen und dem beklagten Staat untersucht.

Schlüsselwörter: *Genozid-Konvention; Internationaler Gerichtshof; Genozid-Prozess; Bosnien; Kroatien; Serbien.*

Riassunto

IL CRIMINE DI GENOCIDIO DINNANZI ALLA CORTE INTERNAZIONALE DI GIUSTIZIA

Quando il sig. Raphael Lemkin nel 1944 forgiò il termine genocidio, in realtà tentò di colmare la lacuna esistente nell'elenco dei crimini internazionali, poiché nemmeno uno, a suo parere, corrispondeva alla descrizione dei terribili crimini di massa commessi durante la Seconda guerra mondiale. Lo sterminio di massa degli ebrei, della popolazione rom, degli slavi, come anche di altri gruppi dovevano essere differenti rispetto ai „comuni“ crimini contro l'umanità. La sua lotta condusse all'accoglimento della Convenzione ONU per la prevenzione e la repressione del crimine di genocidio del 1948. Benché lo scopo primario della Convenzione era quello di punire i singoli, anche gli stati contraenti possono essere responsabili per la commissione di crimini di genocidio. Le disposizioni dell'art. IX della Convenzione, il quale prevede la giurisdizione della Corte internazionale dell'Aia, danno un chiaro segnale in tale senso. Tuttavia, la prima controversia dinnanzi a tale Corte fu quella della Bosnia ed Erzegovina contro la Serbia del 1993 nella quale la Corte pervenne ad una decisione sul merito nel 2007. La sentenza successiva si riferì al caso della Croazia contro la Serbia del 2015. Nemmeno una delle sentenze definitive non ha accertato la responsabilità dello stato convenuto in giudizio con l'accusa per il crimine di genocidio benché la Corte abbia accertato l'esistenza del genocidio in Bosnia. Il contributo illustrerà quali requisiti la Corte internazionale reputi necessari al fine di accertare il crimine di genocidio e quale fu il nesso mancante tra il crimine e lo stato convenuto.

Parole chiave: *Convenzione sul genocidio; Corte internazionale; processo sul genocidio; Bosnia ed Erzegovina; Croazia; Serbia.*

U PRAVU I O PRAVU: STANJE I PERSPEKTIVE U POLJU PRAVO U REPUBLICI HRVATSKOJ U SVJETLU VALIDACIJSKIH NORMATIVNIH UVJETA

Doc. dr. sc. Barbara Herceg Pakšić*

UDK: 378:371.136(497.5)
303:001.8

<https://doi.org/10.30925/zpfsr.40.3.4>

Ur.: 9. srpnja 2019.

Pr.: 13. prosinca 2019.

Prethodno priopćenje

Sažetak

Važnom promjenom evaluacijskih uvjeta koju je donio Pravilnik o uvjetima za izbor u znanstvena zvanja iz 2017., znanstvenici u polju pravo počeli su publiciranje svojih radova promatrati na drukčiji način - kroz bodovanje, novu kategorizaciju i indeksiranost u časopisa za objavu u bazama poput Scopusa ili WoSCC-a. Istodobno, to je zahtijevalo i prilagodbu znanstvenih časopisa istim proklamiranim uvjetima. Time su obilježja hrvatskoga pravnoznanstvenog realiteta kad je riječ o publicistici postala uvjetovana nastojanjima da se podvrgnu standardizaciji i metrici, no istodobno, bez uvažavanja osobitosti koje su inherentne pravu kao disciplini, od čega je temeljna ona o primarnoj nacionalnoj orijentiranosti. Rad donosi normativnu analizu prethodnih i pozitivnih uvjeta vezanih za vrednovanje publiciranih radova u polju pravo kao i rezultate istraživanja dobivenih ispitivanjem pravnih znanstvenika na četiri pravna fakulteta u Republici Hrvatskoj. Spoznaje dobivene istraživanjem donose obilježja prethodnoga modaliteta publiciranja pravnih znanstvenika u Hrvatskoj u svjetlu novih uvjeta te ukazuju kako će navedene promjene utjecati na buduće publiciranje u polju pravo.

Ključne riječi: pravo; pravna znanost; objava znanstvenih radova; kategorizacija radova; izbor znanstvenika u viša zvanja.

1. NEKA OBILJEŽJA I RECENTNE PROMJENE HRVATSKOGA ZNANSTVENOG REALITETA KAO POTICAJ OBLIKOVANJU ISTRAŽIVAČKIH HIPOTEZA - KRITERIJI NAPREDOVANJA I ZNANSTVENA KOMUNIKACIJA U PRAVU

Za znanstveni je poziv iznimno važna komunikacija s drugim znanstvenicima i ciljanom publikom, a standardni se oblik toga razgovora odvija putem znanstvenih

* Dr. sc. Barbara Herceg Pakšić, docentica, Pravni fakultet Sveučilišta Josipa Jurja Strossmayera u Osijeku; bherceg@pravos.hr.

časopisa. Promjene u ovom polju dio su društvenih mijena, a u očima znanstvenika, profilacija se danas nedvojbeno vrši i zbog državne politike napredovanja u viša zvanja. Klasifikacija i skaliranje znanstvenih radova, kroz kategorizaciju te indeksiranost časopisa, poglavito u dvije najvažnije komercijalne citatne baze WoSCC i Scopus¹ realnost su i u polju prava. Godine 2013. provedene su mini reforme u pogledu financiranja, organizacije, provedbe i vrednovanja znanstvenoga rada.² Zahtjev za primitkom u određene baze podataka postao je *elan vital* znanstvenog časopisa, jer ne samo da je objava u indeksiranim časopisima propisana u uvjetima za napredovanje znanstvenika, nego takav status utječe i na druga pitanja povezana sa znanstvenim časopisom poput, (su)financiranja od nadležnih institucija. To nije pitanje samo hrvatskoga znanstvenog realiteta nego je vidljiv i u zemljama u okruženju. U tom smislu, postaje i *spiritus movens* ovoga rada - istražuje se stanje i perspektive znanstvenoga publiciranja u polju pravo u Republici Hrvatskoj u svjetlu normativnih odredbi vezanih za napredovanje znanstvenika u polju pravo. Te su odredbe relativno recentno, ali bitno izmijenjene te otvaraju posljedična pitanja objave znanstvenih radova iz više aspekata. Podrijetlo se moderne znanosti najčešće obilježava proizvodom znanstvene revolucije.³ Do-današnja evolucija najčešće ističe težnju, ka tzv. „izvršnoj znanosti“, čiji je *numerus clausus* obilježja teško dohvatljiv. No, možemo se složiti oko nekoliko obilježja: relevantnost, vidljiv doprinos, slobodan, otvoren i kritičan diskurs te promišljanje uz poticaj daljnjim istraživanjima. Era kvantifikacije, posebno od šezdesetih godina 20. stoljeća i razvoja scientometrije kao discipline⁴ doveli su do njezine primjene kao evaluacijskog instrumenta znanstvenih rezultata i u znanstvenoj politici,⁵ a time i do uporabe scientometrijskih indeksa onih koji upravljaju sveučilištima. Takva evaluativna bibliometrija može pokazivati i znanstveni utjecaj zemalja na makro razinama.⁶ Zauder primjećuje njezinu čestu uporabu u svrhu

- 1 Prema autorima Macan i Petrak, bibliometrijski pokazatelji o znanstvenim časopisima danas se najčešće oblikuju sukladno s podatcima iz ove dvije citatne baze podataka, koje pokušavaju biti, tzv. sveobuhvatne, odnosno nemaju usmjerenje prema određenom znanstvenom području ili zemlji. Podatcima iz WoSCC-a, odnosno *Web of Science Core Collection*, računa se faktor odjeka kao najpoznatiji bibliometrijski pokazatelj o časopisu u bazi podataka *Journal Citation Reports*. Podatcima iz *Scopus*a, računaju se bibliometrijski pokazatelji *SCImago Journal Rank* i *Source Normalized Impact per Paper*. Macan, B. i Petrak, J., Bibliometrijski pokazatelji za procjenu kvalitete znanstvenih časopisa u Hebrang Grgić, I., Hrvatski znanstveni časopisi: iskustva, gledišta, mogućnosti, Zagreb, Školska knjiga, 2015., str. 39-40.
- 2 Švarc, J. i dr., *Kamo ide hrvatski znanstvenoistraživački sustav: prema racionalnoj reformi ili prema entropiji i urušavanju?* Institut društvenih znanosti Ivo Pilar, radni materijal, Zagreb, 2018., str. 8.
- 3 Henry, J., *The Scientific Revolution and the Origins of Modern Science*, Palgrave Macmillan, 2008., str. 1.
- 4 Godin, B., *On the Origins of Bibliometrics, Scientometrics*, vol. 68, 1/2006., str. 109-133.
- 5 Glänzel, W., Schoepflin, U., *Little Scientometrics, Big Scientometrics... and Beyond*, *Scientometrics*, vol. 30, 2-3/1994., str. 375-384.
- 6 Narin, F., *Evaluative Bibliometrics: The Use of Publication and Citation Analysis in the Evaluation of Scientific Activity*, National Science Foundation, Computer Horizons, Washington, 1976., str. 2. Hrvatski autori navode kako je svrha vrednovanja znanstvenog rada obično povezana s usporedbom znanstvenika, ustanova, znanstvenih područja, zemalja i sl., pa je scientometrija metodološki najprihvatljiviji pristup, pri čemu treba imati na umu i

upravljanja znanstvenim sustavom uvjetovanu promjenama financiranja iz državnih izvora i organizacije ljudskoga kapitala, primjerice odabir projekata za financiranje, uspostava sustava zapošljavanja, napredovanja i nagrađivanja te praćenje „izvrsnosti“ na nacionalnoj i nadnacionalnoj razini.⁷ U tom je smjeru krenula i hrvatska znanstvena politika. Dosjetka evaluativnoga formalizma i kvantifikacije bodovnim sustavom zaživjela je, *inter alia*, i u polju pravo, gdje citati, indeksi i bibliometriji nisu bili uvriježeni, a o toj zanemarenoj tradiciji pisalo se još devedesetih.⁸ U novije vrijeme kritike iznosi Martinović.⁹ Sociokulturni nedostaci u upravljanju znanstvenim karijerama (napredovanjima) ispravljaju se metrikom, tj. brojčanim rezultatima u domeni znanstvene produkcije kao jedinim objektivnim kriterijem znanstvene meritornosti.¹⁰ Pravna znanost, kao specifična disciplina, primarno je nacionalne naravi te služi poboljšanjima i rješenjima nacionalnoga korpusa pravnih izazova. S tim u vezi, znanstveno publiciranje orijentirano je na matični jezik i nacionalne časopise koji su lakše dostupni pravnim praktičarima. Bibliometrijskom analizom časopisa zastupljenih u bazi *Scopus* u pravu pokazuje da je preko 70 % radova objavljeno u domaćim časopisima.¹¹ Ova situacija nije tipična samo za Hrvatsku nego je svojstvena i znanstvenicima u drugim zemljama.¹² Posljedično, uočava se važnost uvažavanja tih osobitosti, tim više ako se, kao sada, pripadajuća znanstvena produkcija želi mjeriti istim instrumentom kao u prirodnim ili tehničkim znanostima. Citatni indeksi,¹³ nastali iz plemenite težnje osiguranja pouzdanog izvora za pronalaženje znanstvene literature, u međuvremenu su dobili protivnike i među pripadnicima prirodnih znanosti kojima

njezine nedostatke. Više, Jokić, M. i Lasić-Lazić, J., Vrednovanje znanstvenog rada u području društvenih znanosti na temelju časopisa kao medija znanstvenog komuniciranja Ivana Hebrang Grgić (ur), Hrvatski znanstveni časopisi: iskustva, gledišta, mogućnosti, Zagreb, Školska knjiga, 2015., str. 197.

- 7 Zauder, K., Razvoj scientometrije praćen kroz časopis *Scientometrics* od početka izlaženja 1978. do 2010. godine, doktorski rad, Filozofski fakultet, Sveučilište u Zagrebu, 2014., str. 15-16.
- 8 Shapiro, F. R., *Origins of Bibliometrics, Citation Indexing and Citation Analysis: The Neglected Legal Literature*, *Journal of the American Society for Information Science*, 1992., vol. 43, 5/1992., str. 337-339.
- 9 Martinović, I., *Kritika kvantitativnih metoda ocjene znanstvene djelatnosti (s posebnim osvrtom na kazneno pravo i prilike u Hrvatskoj)* u: J. Čirić, L. Breneselović (ur.), *Zbornik za percepciju naučnog rada i poznavanje rekvizita njegove ocjene*, Beograd, Institut za uporedno pravo, 2017., str. 71-85.
- 10 Švarc, J. *et al.*, *op. cit.*, str. 94. Pojedini autori ističu kako je razlog šire prihvaćenosti kvantitativnog pristupa vrednovanju znanstvenog rada nego kvalitativnoga, u potencijalnoj objektivnosti brojčanih podataka koji, ako se metodološki provedu u jednakim okolnostima, daju jednake rezultate, no upućuju i na nedostatke ovoga pristupa. Više, Jokić, M. i Lasić-Lazić, J., *op. cit.*, str. 197-198.
- 11 Zgrabljčić Rotar, D., Jokić, M. i Mateljan, S., *The Visibility of Papers Written by Authors from European Post-socialist countries as an Indicator of Integration in EU Legal System*, *Croatian Yearbook of European Law and Policy*, vol. 14, 1/2018., str. 136 i 152.
- 12 Mudge, S. L., Vauchez, A., *Building Europe on a Weak Field: Law, Economics and Scholarly Avatars in Transnational Politics*, *American Journal of Sociology*, vol. 118, 2/ 2012.
- 13 Za pojam citatnih indeksa vidjeti Garfield, E., *The Concept of Citation Indexing*, <https://clarivate.com/webofsciencegroup/essays/concept-citation-indexing/> 05. prosinca 2019., te bilj. 21 o pojedinim citatnim indeksima zbirke *WoSCC*.

su puno „bliži“ negoli „društvenjacima“ ili „humanistima“.¹⁴ Ne samo da je jasno kako postoje velike razlike između znanstvenih (i umjetničkih) područja kojih je u Republici Hrvatskoj devet (prirodne, tehničke, biotehničke, društvene, humanističke znanosti, biomedicina i zdravstvo te interdisciplinarna područja znanosti i umjetnosti, sukladno s Pravilnikom o znanstvenim i umjetničkim područjima, poljima i granama), nego i u društvenim znanostima imamo sveukupno četrnaest polja¹⁵ među kojima i pravo, a samo u polju prava postoji šesnaest pravnih grana.¹⁶ Prikladno je istaknuti da je pravo vrlo specifično i u nacionalnim klasifikacijama diljem Europe jer negdje pripada društvenim znanostima, negdje humanističkim, a negdje ima *sui generis* poziciju.¹⁷

Godine 2017. hrvatski su kriteriji izbora znanstvenika u viša zvanja i u polju pravo, a time i vrednovanje časopisa u kojima se objavljuju radovi, doživjeli velike promjene. Ove su promjene *explicite* najavljene tri godine ranije, Strategijom obrazovanja znanosti i tehnologije iz 2014. i tvrdnjama da su „minimalni znanstveni kriteriji različito definirani za različita znanstvena područja i prilično su neujednačeni, a za neka područja i neodgovarajući“, da je „... težište pri evaluaciji nastavnika pomaknuto prema broju i kvaliteti objavljenih znanstvenih radova“ te je potrebno „redefinirati kriterije za područja društvenih i humanističkih znanosti“.¹⁸ U istom se aktu navodi kako je misija hrvatskoga znanstvenog sustava istraživanjima unaprjeđivati ukupni svjetski fond znanja te pridonositi boljitku hrvatskoga društva, a osobito gospodarstvu. Sukladno s čl. 1. st. 2. te čl. 2. st. 2., Zakona o znanstvenoj djelatnosti i visokom obrazovanju,¹⁹ znanstvena djelatnost podrazumijeva znanstvena i razvojna istraživanja, a znanstvena se djelatnost utemeljuje na nekoliko važnih načela: slobodi i autonomiji stvaralaštva, etičnosti znanstvenika, javnosti rada, povezanosti sa sustavom obrazovanja, međunarodnim mjerilima kvalitete, poticanju i uvažavanju specifičnosti nacionalnih sadržaja i zaštiti intelektualnog vlasništva.

Pravilnik o uvjetima za izbor u znanstvena zvanja²⁰ u odjeljku 4., od čl. 17. uređuje uvjete za znanstvenike koji pripadaju društvenim znanostima, pa tako i polju pravo te određuje provođenje analize objavljenih znanstvenih radova razvrstanih u

14 Colquhoun, D., How to Get Good Science, Physiology News, 2007., No 69, <http://dcsience.net/colquhoun-goodscience-jp-version-2007.pdf>, 12. svibnja 2019.

15 To su ekonomija, pravo, politologija, informacijske i komunikacijske znanosti, sociologija, psihologija, pedagogija, edukacijsko-rehabilitacijske znanosti, logopedija, kineziologija, demografija, socijalne djelatnosti, sigurnosne i obrambene znanosti te interdisciplinarne društvene znanosti.

16 Financijsko pravo, građansko pravo i građansko procesno pravo, kazнено pravo, kazнено procesno pravo, kriminologija i viktimologija, međunarodno pravo, međunarodno privatno pravo, obiteljsko pravo, pomorsko i općeprometno pravo, povijest prava i države, radno i socijalno pravo, rimsko pravo, teorija prava i države, trgovačko pravo i pravo društava, upravno pravo i uprava, ustavno pravo, europsko javno pravo, europsko privatno pravo.

17 Zgrabljic Rotar, D., *et al.*, *op. cit.*, str. 148.

18 Strategija obrazovanja, znanosti i tehnologije, Zagreb, Narodne novine, 124/2014.

19 Zakon o znanstvenoj djelatnosti i visokom obrazovanju Narodne novine, 123/2003, 198/2003, 105/2004, 174/2004, 2/2007, 46/2007, 45/2009, 45/2009, 63/2011, 94/2013, 139/2013, 101/2014, 60/2015, 131/2017.

20 Pravilnik o uvjetima za izbor u znanstvena zvanja, Narodne novine, 28/2017, 72/19.

tri skupine: a1, a2 ili a3. U znanstvene radove prve skupine (a1) ubrajaju se radovi objavljeni u znanstvenim časopisima zastupljenim u bazama podataka *WoSCC*²¹ ili *Scopus*²² koji se dalje dijele u kvartile (Q1-Q4)²³ ovisno o *SJR* ili *JCR* izvješću.²⁴ U znanstvene radove druge skupine (a2) ubrajaju se radovi objavljeni u znanstvenim časopisima zastupljenima u drugim bazama koje nisu citatne (*PsycInfo*, *ProQuest Social Science Premium Collection*, *SocIndex*, *Academic Search Complete*, *Education Research Complete*, *Inspec*, *Westlaw*, *LexisNexis*, *LISA - Library and Information Science Abstracts*). Ostali pripadaju a3 kategoriji. Dodatno, u čl. 19. objavljeni su posebni uvjeti za polje pravo koji bazu *Heinonline* odobravaju za radove prve skupine (a1) kao radovi četvrte kvartile (Q4).²⁵

- 21 Ova je zbirka inače dostupna putem platforme *Web of Science*, danas u vlasništvu tvrtke *Clarivate Analytics*, a obuhvaća različite citatne indekse od kojih su za pravnike praktično najvažniji *SSCI (Social Science Citation Index)*, *CPCI-SSH (Conference Proceedings Citation Index - Social Science and Humanities)* te *BKCI-SSH (Book Citation Index - Social Science and Humanities)*. Detaljnije u Macan, B. i Petrak, J., *op. cit.*, str. 40-41.
- 22 *Scopus* je najveća svjetska bibliografska i citatna baza podataka u vlasništvu izdavačke kuće *Elsevier*. Obraduje preko 22.000 naslova više od 5.000 međunarodnih izdavača i, za razliku od *WoS*-a, znatno više uključuje europsku publicistiku, i to posebno u području društvenih i humanističkih znanosti. Čuljak, M. i Machala Poplašen, L., Usporedba citatnih baza na uzorku hrvatskih znanstvenika javnozdravstvene institucije: *Web of Science Core Collection*, *Scopus* i *Google Scholar*, *Vjesnik bibliotekara Hrvatske*, 62, 1/2019, str. 129-150. *Scopus* je nastao relativno recentno, 2004. i time stvorio konkurenciju *Thompson Reutersu*, a navodi podatke o citiranosti tek od 1996. Macan, B. i Petrak, J., *op. cit.*, str. 42.
- 23 Za izračun kvartila važan je, tzv. *impact factor* ili faktor odjeka. Prvi ga je spomenuo Garfield 1955. u časopisu *Science* te je postupno evoluirao, poglavito u Europi, pri opisivanju „utjecaja“ ili odjeka i autora i časopisa. U međuvremenu je citatna analiza uznapredovala u čitavo područje scientometrije, pri čemu se njezina primjena na časopise ponekad naziva i, tzv. žurnalologija / časopisologija (engl. *journalology*). Faktor odjeka omjer je broja citata koje su u nekoj godini dobili radovi objavljeni u prethodne dvije godine i broja radova objavljenih u te dvije godine, odnosno aritmetička sredina raspodjele citata po svim radovima koje je časopis objavio. Više, Garfield, E., *The Agony and the Ecstasy - The History and Meaning of the Journal Impact Factor*, 2005. Dostupno na: <http://garfield.library.upenn.edu/papers/jifchicago2005.pdf> (9.3.2019.). Časopisi se dalje svrstavaju u pojedina predmetna područja, a unutar svakog od njih se serijske publikacije (časopisi i serije knjiga) po visini *SJR*-a rangiraju u kvartile – od Q1 do Q4, prema visini faktora odjeka. Detaljnije, Macan, B. i Petrak, J., *op. cit.*, str. 43-46. Ako neki časopis pripada prvom kvartilu (Q1), to znači da on prema visini svojeg faktora odjeka pripada među 25 % časopisa s najvišim faktorom odjeka unutar skupine časopisa koji su svrstani u to predmetno područje. Macan, B. i Petrak, J., *op. cit.*, str. 48-49. Tom logikom, ako časopis pripada drugoj kvartilu, to znači da je on prema visini svojega faktora odjeka rangiran od 25 % do 50 %, ako pripada trećoj kvartilu, prema faktoru odjeka ulazi u rang 50 % - 75 % unutar predmetne skupine časopisa itd.
- 24 *JCR* ili *Journal Citation Reports* datira iz 1975. koji se obično objavljuje u lipnju, analizira i rangira znanstvene časopise prema faktoru odjeka kroz podatke iz *WoSCC*. Zanimljivo je navesti kako se za časopise koji pokrivaju područje umjetnosti i humanistike ne izračunava faktor odjeka zbog specifičnosti znanstvene komunikacije u tim znanstvenim područjima. *SJR* ili *SCImago Journal & Country Rank* računa se bibliometrijskim podatcima iz *Scopus*a, a donosi bibliometrijske pokazatelje o publikacijama koje su indeksirane u *Scopusu*.
- 25 Iako su predmet ovog istraživanja radovi objavljeni u časopisima, treba navesti kako spomenuti Pravilnik u čl. 17. u st. 5. navodi da se vrednuju i radovi koji su objavljeni u zbornicima radova

Sukladno s izloženim, znanstvenici u polju prava trebaju težiti da su njihovi radovi objavljeni primarno u časopisima indeksiranim u *Scopusu* i *WoSCC-u* (*HeinOnline* je ušao kao poseban ustupak²⁶), no važno je pitanje s obzirom na prethodno istaknutu nacionalnu opredijeljenost u objavi, zadovoljavaju li mogućnosti objave u Republici Hrvatskoj nove uvjete. Naime, pretraživanjem hrvatskoga portala znanstvenih časopisa *Hrčak* iz polja pravo u listopadu 2018., uočava se da postoji ukupno 48 časopisa od čega su 41 aktivna. Od njih su neki netipični za objavu pravnih tekstova, primjerice *Ekonomski vjesnik: Review of Contemporary Entrepreneurship, Business, and Economic Issues* jer podrazumijevaju ekonomski aspekt ili *Policija i sigurnost*, koji pripadaju obrambenim i sigurnosnim afinitetima, drugi su studentski časopisi poput *Paragrafa*, *Malog Levijatana*, *Pravnika*, *Diskrepancije* te *Zagrebačke pravne revije*. Ako oduzmemo posljednjih pet, dobivamo 36 časopisa. Od tih 36 časopisa, devet je u *Scopusu* što predstavlja 25 %, isto toliko ih je u *HeinOnlineu*, a četiri su u *WoSCC-u* što čini 11 %.²⁷ Ovi postotci sami za sebe ne znače još ništa, s obzirom na to da, kako smo istaknuli, polje pravo broji šesnaest pravnih grana te je jasno kako nije svaki časopis svojim opsegom i tematikom prikladan za svaku pravnu granu. Tako možemo za primjer uzeti znanstvenika koji se bavi kaznenim pravom. Od nabrojanih časopisa, području njegovog afiniteta pripada oko šest časopisa (četiri su matični časopisi koje izdaju hrvatski pravni fakulteti, jedan je nacionalni kaznenopravni časopis, a jedan je godišnjak *Akademije pravnih znanosti Hrvatske*). Pet ih se nalaze u *HeinOnline bazi*, a tek jedan u *Scopusu*, dok su dva u *WoSCC-u*.²⁸ Ima li se na umu da

s međunarodnih znanstvenih skupova održanih u inozemstvu ili u Hrvatskoj ako su indeksirani u *WoSCC-u* i *Scopusu* kao a1 radovi ili ako je (su)organizator Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti (u suprotnom su a2). Dodatno, sukladno s čl. 17. st. 6. vrednuju se knjige te poglavlja u knjigama ako su indeksirane u *WoSCC-u* te *Scopusu* ili objavljene kod međunarodno uglednog izdavača. Ako je izdavač sveučilište, fakultet ili drugi ugledni izdavač vrednuje se kao a2. S druge strane, u literaturi se ističe kako je dodatni problem s bibliografskim ili citatnim izvorima pri scientometrijskim istraživanjima ograničenost na jednu vrstu publikacija, odnosno časopise pri čemu se zanemaruju ostale vrste publikacija, osobito važne za društvene i humanističke znanosti - knjige, zbornici s konferencija i sl. Više, Jokić, M. i Lasić-Lazić, J., *op. cit.*, str. 198. Drugi autori ističu kako citatna analiza u *WoSCC-u* i *Scopusu* nije sveobuhvatna jer su vidljivi samo citati koji su navedeni u radovima indeksiranim isključivo u tim bazama podataka, a nevidljivi su citati iz knjiga, disertacija i drugih neindeksiranih izvora. Piotrowski, C. Citation-based findings are (largely) a function of method of analysis: a comment on Black, *Psychological Reports* vol. 111, 3/2012, str. 713, cit. prema Čuljak, M. i Machala Poplašen, J., *op. cit.*, str. 147.

- 26 Baza *HeinOnline* američka je pravna baza podataka, izdavač je *William S. Hein & Co.*, cjelovitog teksta bez bibliometrijskih pokazatelja, koja obuhvaća različite dokumente, od povijesnih do službenih publikacija – pravne časopise, knjige te druge pravne izvore, službene dokumente, zakonodavstvo i sudsku praksu SAD-a i drugih država svijeta. Detaljnije vidjeti na <https://home.heinonline.org/> 5. prosinca 2019.
- 27 Nakon ove početne analize, autorica nije išla korak dalje u dubinsku analizu *WoSCC* podbaza, s obzirom na to da to nije ocijenjeno nužnim u kontekstu provođenja istraživanja. Takav bi poželjan korak mogao biti, primjerice, predmetom novog istraživanja usmjerenom samo ka prilagodbi časopisa i njihovom napretku u usklađivanju s proklamiranim uvjetima.
- 28 S obzirom na to da se autorica rada bavi istraživanjima u području kaznenog prava, predmetne tvrdnje zaključene su prethodnim saznanjima autorice te pretraživanjem indeksiranosti predmetnih časopisa u vrijeme naznačeno gore u tekstu.

je Pravilnik propisao kako se objavljivanjem znanstvenih radova u istom znanstvenom časopisu može ostvariti najviše polovica potrebnoga broja bodova određene skupine (osim ako je riječ o časopisu iz kvartile Q1 ili Q2), dolazi se do zaključka da će onaj koji pretendira biti viši znanstveni suradnik u skupini a1 za koju mu treba četiri boda, u petogodišnjem razdoblju moći objaviti dva rada u istom časopisu, dok mu se ostali, ako ih bude, neće moći uzeti u obzir za tu skupinu. Za neke je druge pravne grane situacija daleko nepovoljnija. Nadalje, predviđeno je razvrstavanje časopisa u kvartile, pri čemu najveći broj bodova nose Q1 i Q2. Istodobno, primjerice u grani kazneno pravo, nema niti jednoga časopisa u Republici Hrvatskoj koji se nalazi u tim kvartilima. Slična je situacija i u većini drugih grana, stoga su znanstvenici *de facto* upućeni objavljivati u inozemnim časopisima.

Što se tiče ranijega sustava, nevažeći *Pravilnik o uvjetima za izbor u znanstvena zvanja*²⁹ također je utvrđivao zasebne uvjete pojedinih područja znanosti, no nije bila riječ o dodjeljivanju bodova pojedinom radu, već o broju radova potrebnoj za pojedino zvanje. U tom smislu, sukladno s čl. 5., vezanom za društvene znanosti, za izbor u znanstvena zvanja pristupnici su trebali imati objavljene znanstvene radove (a2), te posebno radove objavljene u međunarodno priznatim časopisima i publikacijama (a1). Važno je istaknuti kako se potonjim smatrao časopis i publikacija s barem jednom od ovih značajki: ima međunarodno uredništvo i inozemne recenzente ili je riječ o tome da je časopis (ili publikacija) zastupljena u jednoj od baza podataka koju je svake godine na prijedlog Područnog vijeća za društvene znanosti potvrđivalo Nacionalno vijeće za znanost.³⁰ Takva je alternacija jasno davala do znanja kako indeksiranost u pojedinim bazama može biti tek sekundarno relevantna, i to onda kad nije dolazilo do zadovoljenja prvoga uvjeta o međunarodnom uredništvu i recenzentima. Isto tako, ni *Scopus* ni *HeinOnline* ranije se nisu nalazili unutar popisa relevantnih baza za a1 kategorizaciju. Vrlo je zanimljivo da je ovaj Pravilnik sadržavao i definiciju znanstvenog rada (čl. 5. st. 3.) sukladno s kojom su izjednačeni rad u časopisu, rad u zborniku radova ili poglavlje u knjizi.

Zaključno, predstavljene novine uključuju zaista važne, rekli bismo i tektonske

29 Pravilnik o uvjetima za izbor u znanstvena zvanja, Narodne novine, 84/2005, 100/2006, 138/2006, 42/2007, 120/2007, 71/2010, 116/2010, 38/2011, 26/2013, 99/2013.

30 Popis baza koji se uzimao u obzir za a1 kategorizaciju: *Current Contents, Web of Science (SCI, SSCI, AHCI), ABI/INFORM, ASSIA – Applied Social Sciences Index and Abstracts, BIOSIS Previews, CAB Abstracts, Caredata Abstracts, Computer and Information Systems Abstracts, Criminal Justice Abstracts, Criminal Justice Periodical Index, CSA – Cambridge Scientific Abstracts, Current Law Index, Current Legal Theory, DOIS – Documents in Information Science, EconLit – American Economic Association's electronic database, ERIC – Educational Resources Information, European Legal Journal Index, Francis, Geobase, Human Resources Abstracts, IBSS – International Bibliography of the Social Sciences, Index to Foreign Legal Periodicals, Index to Legal Periodicals, Information Science Abstracts, International Labour Documentation, INSPEC, ISI Proceedings, Journal of Economic Literature, LISA – Library and Information Science Abstract, MEDLINE, NCJRS – National Criminal Justice Reference Service Abstracts Database, Neue Kriminologische Literatur, PAIS International – Public Affairs Information Services, Population Demographics, PsychINFO, PsycLit (Psychological Abstracts), CSA – Social Services Abstracts, Sociological Abstracts, Worldwide Political Science Abstract.*

promjene za pravne znanstvenike koje se mogu sumirati ovako: dodjeljuju se bodovi za svaki objavljeni rad pri čemu bodovi ovise izravno o obilježjima časopisa u kojemu je rad objavljen, a to se dokazuje indeksiranošću časopisa u jednoj od tri predmetne baze, od kojih se dvije nikad dosada nisu uzimale u obzir. Dodatnu strogost daju i kvartile, jer Q1 i Q2 nose veći broj bodova. Istodobno, u većini pravnih grana nema mnogo relevantnih nacionalnih časopisa koji su indeksirani po potonjim pravilima, a u propisanim kvartilima ih nema, što je svojevrsni paradoks. Štoviše, uzimajući u obzir vremenski odmak, od 11. srpnja 2005. kad je stari Pravilnik stupio na snagu, do stupanja na snagu novoga Pravilnika, dakle 5. travnja 2017., gotovo dvanaest godina vjerojatno nijedan znanstvenik u polju pravo nije ulagao napor provjeravanja indeksiranosti časopisa u kojem namjerava objaviti svoj rad, a kamoli provjere kvartila.³¹

2. UVOD U ISTRAŽIVAČKI PROBLEM I OPIS ISTRAŽIVANJA

Upravo zbog opisane situacije, osnovna je svrha ovog istraživanja, pored normativne analize, ispitati utjecaj promijenjenih uvjeta na ponašanje pravnih znanstvenika i hoće li utjecati na kakvoću znanstvenoga rada u polju pravu. Željelo se ispitati što o novim pravilima misle oni na koje se pravila trebaju primjenjivati. Povod nije samo činjenica da pravni znanstvenici kao adresati nisu dobili priliku reći što misle u procesu donošenja akta, nego i zbog proklamirane ideje izvrsnosti koju bi ti znanstvenici trebali ostvariti. Prethodno je već iskazano nezadovoljstvo znanstvenika općenito kad je riječ o napredovanju i razvoju znanstvenih karijera. Preko 80 % znanstvenika smatra da trenutačni sustavi evaluacije ne potiču i ne uočavaju kvalitetne znanstvenike.³² Stoga su za ovo istraživanje postavljene sljedeće hipoteze:

H1a: Statistički znatno više sudionika dosada nisu objavili rad u časopisu koji je indeksiran u bazi *WoSCC*-u ili su objavili samo jedan rad u navedenoj bazi.³³

H1b: Statistički znatno više sudionika dosada nisu objavili rad u časopisu koji je indeksiran u bazi *Scopus* ili su objavili samo jedan rad u navedenoj bazi.

H2a: Postoji statistički znatna razlika u čestini objavljivanja radova u inozemnim časopisima s obzirom na granu prava kojom se sudionik bavi. Sudionici koji se bave međunarodnim pravom, međunarodnim privatnim pravom, europskim pravom i europskim privatnim pravom objavljuju statistički znatno više radova u inozemnim časopisima u odnosu na sudionike koji se bave ostalim granama prava.

H2b: Postoji statistički znatna razlika u spremnosti/namjeri budućeg objavljivanja radova u inozemnim časopisima s obzirom na granu prava kojom se sudionik bavi. Sudionici koji se bave međunarodnim pravom, međunarodnim privatnim pravom, europskim pravom i europskim privatnim pravom bit će statistički znatno spremniji u budućnosti objavljivati radove u inozemnim časopisima u odnosu na sudionike koji se bave ostalim granama prava.

31 Osobno stajalište autorice rada.

32 Švarc, J., *et al.*, *op. cit.*, str. 23.

33 U navedenom kontekstu misli se, dakle samo na časopise i to u bilo kojoj *WoSCC* podbazi (sa ili bez faktora odjeka). Isto se odnosi i na H3a hipotezu.

H3a: Čestina objavljivanja radova u bazi *WoSCC* statistički je znatno i pozitivno povezana sa spremnošću/namjerom budućeg objavljivanja radova u inozemstvu.

H3b: Čestina objavljivanja radova u bazi *Scopus* statistički je znatno i pozitivno povezana sa spremnošću/namjerom budućeg objavljivanja radova u inozemstvu.

H3c: Čestina objavljivanja radova u inozemnim časopisima statistički je znatno i pozitivno povezana sa spremnošću/namjerom budućeg objavljivanja radova u inozemstvu.

Ovo je istraživanje primarno usmjereno na objavu u časopisima. Razlog za to je očito preferiranje ove forme publiciranja u novom Pravilniku, no i zbog trenda mijenjanja ustaljene forme objavljivanja. Naime, istraživanja pokazuju kako su znanstvenici društvenih znanosti skloniji svoja istraživanja objavljivati u formi knjiga ili poglavlja umjesto u časopisima³⁴ Nadalje, ispituje se objava u *Scopus* i *WoSCC* bazi uz izostavu *HeinOnlinea* jer je, kako je istaknuto, potonji poseban ustupak za relevantno predmetno područje. S obzirom na hipoteze H2a i H2b, pretpostavka je bila kako se određena promjena u orijentaciji s nacionalnih na inozemne časopise više događa kod onih grana prava kojima su inherentne teme od načelno nadnacionalne važnosti te integracije u europski akademski prostor. U konačnici, pošli smo i od pretpostavke kako će oni znanstvenici koji već imaju prethodno iskustvo objave u relevantnim bazama i/ili inozemnim časopisima biti spremniji i nadalje to činiti.

3. OPIS ISTRAŽIVAČKIH PARAMETARA: ODABIR ISPITANIKA, SOCIODEMOGRAFSKE VARIJABLE I POSTAVLJENA PITANJA

Istraživanje je bilo ciljano i usmjereno ka uskoj skupini ispitanika koja odražava ciljano znanstvenu zajednicu. Dakle, riječ je o osobama koje su zaposlene na hrvatskim pravnim fakultetima u suradničkom i znanstvenom nastavnom zvanju (asistent, poslijedoktorand, docent, izvanredni profesor, redoviti profesor i redoviti profesor u trajnom zvanju koje se u pri napredovanju biraju u polje pravo). Isključene su osobe koje su zaposlene na pravnim fakultetima i čine udio u korpusu pravnih predmeta trenutačnih kurikuluma, ali se u ovo polje ne biraju (lingvisti, ekonomisti, sociolozi, politolozi i dr.). U Hrvatskoj postoje četiri (državna) pravna fakulteta, u Zagrebu, Rijeci, Splitu i Osijeku. Ciljana populacija u vrijeme provođenja istraživanja (kolovoz i rujna 2018.) brojala je 272 osobe i to sukladno s rasporedom: Pravni fakultet u Rijeci 51, Pravni fakultet u Splitu 50, Pravni fakultet u Osijeku 41 te Pravni fakultet u Zagrebu 130. Riječ je o namjernom odabiru ispitanika koji se ne zasniva na teoriji vjerojatnosti. S obzirom na tematiku istraživanja, takav je uzorak logično rješenje jer uključuje ispitanike koji imaju najveće znanje o odabranoj temi, najbolje su informirani i imaju najviše iskustva te posjeduju osobine važne za ispitivanje. Na pitanja iz upitnika odgovorilo je ukupno 57 osoba, odnosno 21 %. Sa svake institucije odgovorilo više od 10 % ispitanika.³⁵

34 Torres-Salinas, D., Robinson-Garcia, N., Gorraiz, J., Filling the Citation Gap: Measuring the Multidimensional Impact of the Academic Book at Institutional Level with PlumX, *Scientometrics*, vol. 113, 3/2017., str. 1371-1384.

35 S obzirom na to da je riječ o otprilike petini ukupno ciljane populacije ispitanika, može se

Socio-demografske varijable uključuju spol, trenutačan profesionalni položaj i granu prava kojom se ispitanik/ca bavi. Geografska varijabla vezana je za grad u kojem se nalazi njihov pravni fakultet. Upitnik je popunilo 26 osoba muškoga spola (45.6 %) te 31 osoba ženskoga spola (54.4 %). Podijeljeno po trenutačnim zvanjima i položaju, to izgleda ovako: asistent/ica 6 (10.5 %), poslijedoktorand/ica 7 (12.3 %), docent/ica 24 (42.1 %), izvanredni profesor/ica 12 (21.1 %), redoviti profesor/ica 2 (3.5 %) te u trajnom zvanju 6 (10.5 %). Nadalje, u Republici Hrvatskoj je šesnaest pravnih grana, a raspodjela ispitanika po njima izgleda ovako: financijsko pravo 0, građansko pravo i građansko procesno pravo 5 (8.8 %), kazneno pravo, kazneno procesno pravo, kriminologija i viktimologija 11 (19.3 %), međunarodno pravo 3 (5.3 %), međunarodno privatno pravo 5 (8.8 %), obiteljsko pravo 2 (3.5 %), pomorsko i općeprometno pravo 3 (5.3 %), povijest prava i države 3 (5.3 %), radno i socijalno pravo 3 (5.3 %), rimsko pravo 2 (3.5 %), teorija prava i države 3 (5.3 %), trgovačko pravo i pravo društava 1 (1.8 %), upravno pravo i uprava 8 (14 %), ustavno pravo 3 (5.3 %), europsko javno pravo 5 (8.8 %) te europsko privatno pravo 3 (5.3 %). Geografska raspodjela izgleda ovako: Zagreb 18 (31.6 %), Osijek 18 (31.6 %), Split 13 (22.8 %) te Rijeka 8 (14%).

Anketna su pitanja (ukupno dvanaest) oblikovana isključivo za provođenje istraživanja na način da se sadržajno odnose na objavu znanstvenih radova u onom dijelu koji je povezan s načinom bodovanja unutar kriterija napredovanja. Sudjelovanje u istraživanju bilo je dobrovoljno. Upitnik je poslan elektroničkom poštom. U pozivnici je bilo naznačeno da je riječ o provođenju istraživanja o stajalištima znanstvenika o objavljivanju radova u vezi s novim uvjetima napredovanja, odnosno izborima u viša zvanja, u znanstvene svrhe.

4. SPOZNAJE DOBIVENE ISTRAŽIVANJEM

4.1. Prethodni rezultati znanstvenika u polju pravo kroz prizmu novih uvjeta

Ispitanici su izložili prethodnu indeksiranost svojih radova u časopisima u *Scopusu* i *WoSCC-u*, dakle prije stupanja na snagu novih kriterija. U bazi *WoSCC*, samo je jedan jedini ispitanik je imao više objavljenih radova (1.8 %), dok je u bazi *Scopus* imalo sedam ispitanika (12.3 %).

Kako bi se potvrdilo da statistički znatna većina sudionika dosada nisu objavili niti jedan rad ili su objavili samo jedan rad u časopisu koji je indeksiran u bazi *WoSCC*, proveden je hi-kvadrat test. Prema nul-hipotezi kao statističkom pojmu, očekuje se podjednaka raspodjela u obje skupine, odnosno očekuje se da je podjednak broj onih sudionika koji dosada nisu objavili niti jedan rad ili su objavili samo jedan rad u časopisu koji je indeksiran u bazi *WoSCC* kao i broj sudionika koji su objavili više radova u navedenoj bazi (vidjeti tablica 1.). Rezultati su pokazali da postoji statistički

dvojiti oko reprezentativnosti dobivenih rezultata, no oni mogu poslužiti i kao snažan pokazatelj izraženih stajališta te bi trebali poslužiti i kao poticaj nastavku istraživanja ove teme.

znatna razlika opaženih frekvencija od očekivanih prema podjednakoj raspodjeli (Hi-kvadrat=53.070, $ss=1$, $p<.01$). Naime, statistički znatno više sudionika nije objavilo niti jedan rad ili je objavilo samo jedan rad u časopisu koji je indeksiran u bazi *WoSCC* u odnosu na očekivanja prema podjednakoj raspodjeli. Statistički je znatno manje sudionika objavilo više radova u časopisu koji je indeksiran u bazi *WoSCC* u odnosu na očekivanja prema podjednakoj raspodjeli. Budući da se prema hipotezi H1a očekivalo da znatno više sudionika dosada nisu objavili niti jedan rad ili su objavili samo jedan rad u časopisu koji je indeksiran u bazi *WoSCC* u odnosu na broj sudionika koji su objavili više radova u navedenoj bazi, može se zaključiti kako je hipoteza H1a potvrđena.

Tablica 1. Opažene i teorijske frekvencije odgovora na čestici *Jeste li dosada (prije novih uvjeta) imali rad/ove objavljene u časopisu koji je indeksiran u bazi WoSCC?* ($N = 57$).

	Opažene frekvencije	Teorijske frekvencije
Nisu objavili niti jedan rad ili su objavili samo jedan rad	56	28.5
Objavili su više radova	1	28.5
Ukupno	57	57

Nadalje, kako bi se potvrdilo da znatna većina sudionika dosada nije objavila niti jedan rad ili su objavili samo jedan rad u časopisu koji je indeksiran u bazi *Scopus*, proveden je hi-kvadrat test. Prema nul-hipotezi očekuje se podjednaka raspodjela u obje skupine, odnosno očekuje se da je podjednak broj onih sudionika koji dosada nisu objavili niti jedan rad ili su objavili samo jedan rad u časopisu koji je indeksiran u bazi *Scopus* kao i broj sudionika koji su objavili više radova u navedenoj bazi (vidjeti tablica 2.). Rezultati su pokazali da postoji statistički znatna razlika opaženih frekvencija od očekivanih prema podjednakoj raspodjeli (Hi-kvadrat=32.439, $ss=1$, $p<.01$). Naime, statistički znatno više sudionika nije objavilo niti jedan rad ili je objavilo samo jedan rad u časopisu koji je indeksiran u bazi *Scopus* u odnosu na očekivanja prema podjednakoj raspodjeli. Također, statistički je znatno manje sudionika objavilo više radova u časopisu koji je indeksiran u bazi *Scopus* u odnosu na očekivanja prema podjednakoj raspodjeli. Budući da se prema hipotezi H1b očekivalo da statistički znatno više sudionika dosada nisu objavili niti jedan rad ili su objavili samo jedan rad u časopisu koji je indeksiran u bazi *Scopus* u odnosu na broj sudionika koji su objavili više radova u navedenoj bazi, može se zaključiti kako je hipoteza H1b potvrđena.

Tablica 2. Opažene i teorijske frekvencije odgovora na čestici *Jeste li dosada (prije novih uvjeta) imali rad/ove objavljene u časopisu koji je indeksiran u bazi Scopus?* ($N = 57$).

	Opažene frekvencije	Teorijske frekvencije
Nisu objavili niti jedan rad ili su objavili samo jedan rad	50	28.5
Objavili su više radova	7	28.5
Ukupno	57	57

4.2. Sklonost inozemnom publiciranju s obzirom na granu prava

Kako bi se ispitale razlike u čestini objavljivanja radova u inozemnim časopisima s obzirom na granu prava kojom se sudionik bavi, primijenjen je t-test za nezavisne uzorke gdje je nezavisna varijabla bila grana prava kojom se sudionik bavi (u prvoj su skupini sudionici koji se bave međunarodnim pravom, međunarodnim privatnim pravom, europskim pravom i europskim privatnim pravom, a drugoj su skupini sudionici koji se bave svim ostalim granama prava), a zavisna čestina objavljivanja radova u inozemnim časopisima. Rezultati su pokazali da nema statistički znatne razlike u čestini objavljivanja radova u inozemnim časopisima s obzirom na granu prava kojom se sudionik bavi ($t(55) = .230$, $p > .05$). Budući da je hipotezom H2a pretpostavljeno da su sudionici koji se bave međunarodnim pravom, međunarodnim privatnim pravom, europskim pravom i europskim privatnim pravom objavljivali statistički znatno više radova u inozemnim časopisima u odnosu na sudionike koji se bave ostalim granama prava, zaključujemo kako hipoteza H2a nije potvrđena.

Kako bi se ispitale razlike u spremnosti budućeg objavljivanja radova u inozemnim časopisima s obzirom na granu prava kojom se sudionik bavi, primijenjen je t-test za nezavisne uzorke gdje je nezavisna varijabla bila grana prava kojom se sudionik bavi (ponovo u prvoj su skupini sudionici koji se bave međunarodnim pravom, međunarodnim privatnim pravom, europskim pravom i europskim privatnim pravom, a drugoj sudionici koji se bave svim ostalim granama prava), a zavisna spremnost budućeg objavljivanja radova u inozemnim časopisima. Rezultati su pokazali da nema statistički znatne razlike u spremnosti budućeg objavljivanja radova u inozemnim časopisima s obzirom na granu prava kojom se sudionik bavi ($t(54) = -.314$, $p > .05$). Budući da je hipotezom H2b pretpostavljeno da će sudionici koji se bave međunarodnim pravom, međunarodnim privatnim pravom, europskim pravom i europskim privatnim pravom biti statistički znatno spremniji u budućnosti objavljivati radove u inozemnim časopisima u odnosu na sudionike koji se bave ostalim granama prava, možemo zaključiti kako hipoteza H2b nije potvrđena.

4.3. Povezanost prethodnog objavljivanja u inozemnim časopisima i relevantnim bazama te spremnosti/namjere inozemnog publiciranja pro futuro

Kako bi se ispitala povezanost čestine objavljivanja radova u časopisima u bazi *WoSCC* (sa ili bez faktorom odjeka) i spremnosti budućeg objavljivanja radova u inozemstvu, izračunat je Pearsonov koeficijent korelacije između navedenih varijabli. Čestina objavljivanja radova u bazi *WoSCC* ispitana je česticom *Jeste li dosada (prije novih uvjeta) imali rad/ove objavljene u časopisu koji je indeksiran u bazi WoSCC?*, dok je spremnost budućeg objavljivanja radova u inozemstvu ispitana česticom *Ako niste, hoćete li pokušati u budućnosti objaviti rad u inozemnom časopisu?*. Rezultati su pokazali da nema statistički znatne povezanosti između čestine objavljivanja u bazi *WoSCC* i spremnosti budućeg objavljivanja radova u inozemstvu (vidjeti tablica 3.). Budući da se hipotezom H3a pretpostavljalo da će čestina objavljivanja radova u bazi *WoSCC* biti statistički znatno i pozitivno povezana sa spremnošću budućeg objavljivanja radova u inozemstvu, može se zaključiti kako hipoteza H3a nije potvrđena.

Nadalje, kako bi se ispitala statistički znatna i pozitivna povezanost između čestine objavljivanja u bazi *Scopus* i spremnosti budućeg objavljivanja radova u inozemstvu, izračunat je Pearsonov koeficijent korelacije između navedenih varijabli. Čestina objavljivanja radova u bazi *Scopus* ispitana je česticom *Jeste li do sad (prije novih uvjeta) imali rad/ove objavljene u časopisu koji je indeksiran u bazi Scopus?* Rezultati su pokazali da postoji statistički znatna pozitivna povezanost između čestine objavljivanja u bazi *Scopus* i spremnosti budućeg objavljivanja radova u inozemstvu (vidjeti tablica 3.). Dakle, sudionici koji češće objavljuju radove u časopisima koji su indeksirani u bazi *Scopus* spremniji su u budućnosti objavljivati radove u inozemstvu. Budući da se hipotezom H3b pretpostavljalo da će čestina objavljivanja radova u bazi *Scopus* biti statistički znatno i pozitivno povezana sa spremnošću budućeg objavljivanja radova u inozemstvu, može se zaključiti kako je hipoteza H3b potvrđena.

Konačno, kako bi se ispitala povezanost čestine objavljivanja radova u inozemnim časopisima i spremnosti budućeg objavljivanja radova u inozemstvu, izračunat je Pearsonov koeficijent korelacije između navedenih varijabli. Čestina objavljivanja radova u inozemnim časopisima ispitana je česticom *Jeste li dosada objavljivali u inozemnim časopisima (ovdje nisu uključeni zbornici radova s konferencija)*. Rezultati su pokazali da postoji statistički znatna pozitivna povezanost između čestine objavljivanja radova u inozemnim časopisima i spremnosti budućeg objavljivanja radova u inozemstvu (vidjeti tablica 3.). Dakle, sudionici koji češće objavljuju radove u inozemnim časopisima spremniji su i u budućnosti objavljivati radove u inozemstvu. Budući da se hipotezom H3c pretpostavljalo da će čestina objavljivanja radova u inozemnim časopisima biti statistički znatno i pozitivno povezana sa spremnošću budućeg objavljivanja radova u inozemstvu, može se zaključiti kako je hipoteza H3c potvrđena.

Tablica 3. Interkorelacije mjerenih varijabli u istraživanju ($N = 57$).

Varijabla	1.	2.	3.	4.
1. Čestina objavljivanja u bazi <i>WoSCC</i>	1	0.031	0 0.191	0.129
2. Čestina objavljivanja u bazi <i>Scopus</i>		1	0.440**	0.283*
3. Čestina objavljivanja u inozemstvu			1	0.619**
4. Spremnost budućeg objavljivanja u inozemstvu				1

Legenda: ** $p < .01$; * $p < .05$

Uvidom u tablicu interkorelacija može se primijetiti kako, osim ranije spomenutih i hipotezama pretpostavljenih korelacija, postoji statistički znatna i pozitivna korelacija između čestine objavljivanja časopisa u bazi *Scopus* i čestine objavljivanja radova u inozemstvu (vidjeti tablicu 3.). Dakle, sudionici koji češće objavljuju radove u bazi *Scopus*, češće objavljuju i radove u inozemstvu.

5. VREDNOVANJE NOVIH PRAVILA U ODNOSU NA PRETHODNA TE POJEDINA PROBLEMATIČNA PODRUČJA

Kad je riječ o ocjeni sustava napredovanja u znanosti općenito, dosadašnja su istraživanja pokazala nezadovoljstvo znanstvenika jer smatraju da ne potiče izvrsnost već prosječnost, destimulira znanstveni rad te je nepravedan, no istodobno da nisu skloni njegovoj promjeni jer ju smatraju odveć rizičnom.³⁶ Kao jedan od temeljnih nedostataka, prema istom izvoru, istaknuta je i nekompetencija nacionalnih institucija za upravljanje znanošću.³⁷ I ovo istraživanje ide u tom smjeru. Mali broj ispitanika ima formirano pozitivno mišljenje o novim pravilima, i to svega njih 6 ili 10,7 %. S druge strane, njih 13 ili 23.2 % uopće ne podupire nova pravila. Najveći broj ispitanika nema jasno formirano stajalište, odnosno riječ je o tome da nova pravila djelomično podupiru. Takvo stajalište izražava najveći broj, tj. 26 ispitanika ili 46.4 %. Treba istaknuti da njih 11 ili 19.6 % još nisu sigurni što o tome misle. Veliki je broj ispitanika dao i konkretne primjedbe. Zainteresiranost za istraživačku problematiku mnogi su ispitanici potvrdili ističući problematična područja novih uvjeta napredovanja i ta su stajališta uvrštena u analizu jer dobro ilustriraju postojeće izazove ili one koji će se tek uočiti. Primjerice, nelogičnost da se za uzor novim pravilima uzmu ona iz prirodnih znanosti, odnosno, tzv. STEM područja, želeći „istim metrom mjeriti različite stvari“. Potom, neslaganje s uvođenjem razvrstavanja po kvartilima s obzirom na

36 Švarc, J. *et al.*, *op. cit.*, str. 10-11, 12, 54-59, 90.

37 *Cf. ibid.*, str. 23.

činjenicu da u RH nema niti jednog časopisa u polju pravo koji udovoljava Q1 i Q2 kvartilima, što ih čini nerelevantnima. Istaknuta je činjenica naplaćivanja objave u relevantnim časopisima kao pogodovanje izdavačima. Svođenje napredovanja na „trku za bodovima“ i puko računanje čime se potiče jedino kvantiteta, a ne kvaliteta objavljenog materijala. Isto tako, nedostatak prikladnih časopisa karakterizira se ovako: ili pojedine discipline imaju vrlo malo potencijalnih časopisa u europskim razmjerima ili najčešće nisu niti uvršteni u potrebne baze ili je riječ o bavljenju temama koje ne mogu biti zanimljive inozemnom uredništvu.

Sukladno s prethodno elaboriranom obilježju prava kao nacionalno orijentirane discipline, pojedini ispitanici smatraju kako je najbitniji utjecaj koji znanstvenik ostvaruje unutar vlastitog društva, odnosno koliko je taj rad prepoznat i koristan pravnoj struci u nacionalnim okvirima, a inozemno promoviranje i međunarodna vidljivost trebaju biti sekundarne naravi. Prednost daju povezivanju teorije i prakse te citiranosti u sudskim odlukama, a nova pravila umanjuju šansu da se to dogodi. Dodatno, postavlja se i problem zanemarivanja vlastitog jezika. Općenito govoreći, komentare obilježava zajednički nazivnik da je provedena reforma nedostatno promišljena da bi bila učinkovita te da je vrijeme da se različitim segmentima znanosti počne pristupati imajući u vidu njihove osobitosti.

Kako bi se ispitale razlike u zadovoljstvu novim Pravilnikom o napredovanju s obzirom na zvanje i grad u kojem sudionik radi te interakcija zvanja i grada, primijenjena je složena analiza varijance za nezavisne uzorke gdje su nezavisne varijable bile zvanje i grad u kojem sudionik radi, a zavisna zadovoljstvo novim Pravilnikom. Rezultati su prikazani u tablici 4.

Tablica 4. Rezultati složene analize varijance za usporedbu sudionika u zadovoljstvu novim pravilnikom o napredovanju s obzirom na zvanje i grad u kojem sudionik radi.

Izvor varijabiliteta	Zavisna varijabla	F
Zvanje	Zadovoljstvo novim Pravilnikom o napredovanju	0.384
Grad		2.536*
Zvanje*Grad		0.599

Legenda: ** $p < .05$; F – F omjer

Uočava se statistički znatna razlika u zadovoljstvu novim Pravilnikom o napredovanju s obzirom na grad u kojem sudionik radi. *Post hoc* analizom (korišten je *Schefféov post hoc* test) utvrđena je razlika u zadovoljstvu novim Pravilnikom o napredovanju samo između dvije grupe sudionika; sudionika koji rade u Osijeku i sudionika koji rade u Rijeci ($Scheffé = 1.61$, $p < .05$). Naime, sudionici koji rade u Osijeku ($M = 3.24$, $SD = 0.970$), statistički su znatno zadovoljniji novim Pravilnikom o napredovanju u odnosu na sudionike koji rade u Rijeci ($M = 1.63$, $SD = 0.916$). Nema znatnije razlike u zadovoljstvu novim Pravilnikom o napredovanju s obzirom

na zvanje sudionika. Također, uočava se nepostojanje interakcije zvanja i grada u zadovoljstvu novim Pravilnikom o napredovanju.

5.1. *Stajališta ispitanika o obilježjima domaćih časopisa te perspektiva objave radova u inozemnim časopisima - prethodno stanje i planovi za budućnost*

Ispitanici su zamoljeni vrednovati perspektivu objavljivanja radova u Republici Hrvatskoj iz aspekta potrebnih karakteristika časopisa. Najveći dio ispitanika, njih 32 ili (57.1 %) perspektivu ocjenjuje osrednjom u kojoj ima mnogo mjesta poboljšanjima. Potom, veliki broj ispitanika, 16 ili 28.6 % ocjenjuje ju lošom jer sukladno s pravnom granom ili temama kojima se bavi, potencijalni matični časopisi nisu indeksirani. Tek mali dio ispitanika, njih 8 ili 14.3 % nacionalne uvjete objave ocjenjuju dobrima. U tom smislu, ispitanici su također mogli dati opširniji stav. Do izražaja su došle kritike spram različitih konferencijskih zbornika radova, uvrštenih u *WoSCC*-u, u kojima se bez stvarnih recenzija objavljuju radovi, a pri izboru u više zvanje nose više bodova od mukotrpo napisanih radova iz pojedine discipline objavljene u časopisima koji su cijenjeni unutar struke, ali nisu u relevantnim bazama. Istaknuta je i većinska nerelevantnost domaćih časopisa zbog loše indeksiranosti. Dodatno, pojedini ispitanici smatraju da i novi uvjeti ostavljaju veliku diskrecijsku slobodu povjerenstvima i matičnim odborima koja odlučuju o izboru kandidata. Vezano za prethodno spomenutu ograničavajuću klauzulu o broju radova u jednom časopisu, ocjenjuju je vrlo lošom jer su autori u konačnici prisiljeni ne objavljivati u časopisu koji je najvažniji i najčitaniji u njihovoj struci.

Ispitanici su zamoljeni odgovoriti na pitanje jesu li dosada objavljivali radove u inozemnim časopisima uz isključivanje inozemnih zbornika radova. Veliki broj ispitanika, njih 20 ili 35.1 % nije nikada objavljivao u inozemstvu jer inozemni časopisi svojom tematikom ili opsegom objavljivanja rijetko mogu ili nikako udovoljiti specifičnom području interesa i rada pojedinca. Najveći broj ispitanika, njih 28 ili 49.1 % rijetko je objavljivao u inozemstvu, a manji dio ispitanika (9 ili 15.8 %) to je činio često. Ispitanici su upitani o svojim planovima u budućnosti, dakle hoće li pokušati objaviti rad u inozemnom časopisu. Dvije trećine ispitanika, njih 37 ili 66 % potvrđuje svoje nastojanje. Njima se pridružuje 15 ispitanika ili 26.8 % onih koji potvrđuju kako će nastaviti svoju prethodnu praksu objavljivanja u inozemnim časopisima. Najmanji dio, 4 ispitanika ili 7.1 % izjavljuje kako će ostati nacionalno orijentirani u objavljivanju jer nemaju potrebu za pokušajima objave u inozemstvu.

6. (R)EVOLUCIJA EVALUACIJSKIH PROMJENA I UTJECAJ NA PRAVNE ZNANSTVENIKE PRO FUTURO - ZAKLJUČNE MISLI

Nova pravila vezana za napredovanje pravnih znanstvenika unijela su normativne promjene kojima se specifičnom, do tada neprimjenjivanim vrednovanjem proklamirano nastoje postići obilježja izvrsne znanosti. Pri ustrojavanju evaluacijskog sustava zaboravlja se na nacionalno orijentirane discipline koje su najvećim dijelom

usmjerene na rješavanje lokalnih problema i svoj „poligon“ tradicionalno pronalaze na nacionalnoj razini znanstvenoga diskursa. Jedna je od takvih i pravna znanost. Dok svjetska zbivanja na tom polju već gotovo pola desetljeća naglasak stavljaju na kvalitetu znanstvene izvrsnosti i donose primjere nove paradigme, kao u slučaju *Leiden manifesta* koji promovira vrednovanje znanstvenog rada prema kontekstu i svrsi³⁸ u Hrvatskoj je riječ o tome da se istraživačko vrednovanje podvrgne metričkoj standardizaciji, grublje rečeno, metričkoj rutini, koja u konačnici uklanja iz procedure ekspertno prosuđivanje i ljudski faktor općenito. Provedeno je istraživanje obuhvatilo pravne znanstvenike u Hrvatskoj te pokazalo kako su nacionalni uvjeti publiciranja ocijenjeni neusklađenima s novim zahtjevima, pa je i nacionalna perspektiva objavljivanja mahom ocijenjena osrednjom ili lošom. Zbog loše indeksiranosti, domaći se časopisi opisuju nerelevantnima. Želio se dobiti uvid u obilježja znanstvenoga publiciranja prije novih uvjeta i planove objave nakon njih. Rezultati istraživanja pokazali su kako više od trećine ispitanika (35.1 %) nikada ranije nije objavljivala u inozemnim časopisima, a dvije trećine ispitanika ili 66.1 % najavljuje kako će u budućnosti pokušati objaviti rad u inozemnom časopisu. U pogledu postavljenih hipoteza, potvrđene su pretpostavke kako većina ispitanika prije novih uvjeta nije imala rad u časopisu koji je indeksiran u bazi *WoSCC* ili *Scopus* ili su imali tek jedan rad.³⁹ Suprotno pretpostavkama, nije se pokazalo točnim da oni znanstvenici koji se bave granama prava „prijemčivim“ za nadnacionalno okruženje, a time i inozemnu objavu s više relevantno indeksiranih časopisa (međunarodno i europsko pravo, podjednako javno i privatno), češće objavljuju u inozemstvu i bit će spremniji to činiti u budućnosti. Istraživanjem je potvrđena povezanost prethodnog iskustva inozemnog publiciranja s budućom spremnošću. Još je zanimljivija povezanost prethodne objave u bazi *Scopus* sa spremnošću na buduće inozemno publiciranje. Ta se povezanost nije pokazala u slučaju prethodne objave rada u bazi *WoSCC*. Vezano za proklamirane evaluacijske uvjete, razumno je očekivati da će se u dogledno vrijeme zastupljenost hrvatskih radova iz polja pravo povećati u relevantnim bazama. Međutim, drugo je pitanje hoće li te radove zamijetiti i citirati drugi znanstvenici, što bi donijelo određene pokazatelje u smislu usporedivosti hrvatske pravne znanosti. Nije na odmet istaknuti kako su neki autori već istaknuli moguća rješenja u smislu prikladnijega vrednovanja za društvene znanosti.⁴⁰

Dok je ovih znanstvenih uvjeta i okolnosti, nameće se otvoreno pitanje o važnom

38 Hicks, D. et. al., *The Leiden Manifesto for Research Metrics*, *Nature*, vol. 520, 7548/ 2015., str. 429-431.

39 S obzirom na ovaj zaključak koji se može shvatiti kao bitan pokazatelj, bilo bi korisno provesti dodatno istraživanje usmjereno k obuhvatnoj bibliometrijskoj analizi pravnih hrvatskih časopisa zastupljenih u *WoSCC* i *Scopus* bazi. Dodatno, s obzirom na obilježja *WoSCC* i *Scopus* baze, bilo bi korisno analizirati i druge radove u kontekstu potvrde ili mogućeg opovrgavanja ovog zaključka ili njegova modificiranja.

40 Tako se predlaže stvaranje pouzdane bibliografske baze koja bi imala mogućnost uključivanja cjelovitih tekstova različitih vrsta dokumenata (članaka iz časopisa, autorskih i uredničkih knjiga, zbornika radova sa skupova, doktorskih radova itd.) s nacionalnim citatnim indeksom što bi više odgovaralo hrvatskim prilikama i išlo u korist boljem razumijevanju znanstvenog komuniciranja u društvenim i humanističkim znanostima. Više, Jokić, M. i Lasić-Lazić, J., *op. cit.*, str. 199.

segmentu i posljedici takvoga pristupa - je li prihvatljivo favorizirati inozemnu vidljivost i zastupljenost nauštrb nacionalne relevantnosti? Ovo se čini osobito pogubnim kod disciplina kao što je pravo čija je temeljna svrha služiti rješenjima i poboljšanjima nacionalnoga korpusa pravnih izazova. Čini nam se legitimno željeti da hrvatska znanost služi i jednom i drugom, no odabrani put validacije to ne uzima u obzir jer ne daje prilagođena i obuhvatna rješenja. U tom smislu možemo prihvatiti da je inicijalna težnja bila osigurati (međunarodnu) vidljivost, no osiguranje produkcije izvrsnih, svrsishodnih i društveno korisnih znanstvenih radova jest i ostaje veliki izazov za autore redaka evaluacijskih alata.

LITERATURA

1. Colquhoun, David, How to Get Good Science, *Physiology News*, No. 69., 2007. <http://dcscience.net/colquhoun-goods-science-jp-version-2007.pdf>, 12. svibnja 2019.
2. Čuljak, Martina i Machala Poplašen, Lovela, Usporedba citatnih baza na uzorku hrvatskih znanstvenika javnozdravstvene institucije: Web of Science Core Collection, Scopus i Google Scholar, *Vjesnik bibliotekara Hrvatske*, vol. 62 1/2019, str. 129-150
3. Garfield, Eugene, *The Agony and the Ecstasy - The History and Meaning of the Journal Impact Factor*, <http://garfield.library.upenn.edu/papers/jifchicago2005.pdf>, 9. ožujka 2019.
4. Garfield, Eugene, *The Concept of Citation Indexing*, <https://clarivate.com/webofsciencegroup/essays/concept-citation-indexing/> 05. prosinca 2019.
5. Glänzel, Wolfgang; Schoepflin, Urs, *Little Scientometrics, Big Scientometrics ... And Beyond?*, *Scientometrics*, vol. 30 2-3/1994, str. 375-384. <https://link.springer.com/article/10.1007/BF02018107>, lipanj 1994., 01. svibnja 2019.
6. Godin, Benoît, On The Origins Of Bibliometrics. *Scientometrics*, vol. 68, 1/2006, str. 109-133.
7. Henry, John, *The Scientific Revolution and the Origins of Modern Science*, 3rd ed., New York, Palgrave Macmillan, 2008.
8. Hicks, Diana; Wouters, Paul; Waltman, Ludo; de Rijcke, Sarah; Rafols, Ismael, The Leiden Manifesto for Research Metrics, *Nature*, vol. 520, 7548/2015, str. 429-431.
9. Jokić, Maja i Lasić-Lazić, Jadranka, Vrednovanje znanstvenog rada u području društvenih znanosti na temelju časopisa kao medija znanstvenog komuniciranja, u Ivana Hebrang Grgić (ur): *Hrvatski znanstveni časopisi: iskustva, gledišta, mogućnosti*, Zagreb, Školska knjiga, 2015., str. 198-199.
10. Macan, Bojan i Petrak, Jelka, Bibliometrijski pokazatelji za procjenu kvalitete znanstvenih časopisa u Ivana Hebrang Grgić (ur): *Hrvatski znanstveni časopisi: iskustva, gledišta, mogućnosti*, Zagreb, Školska knjiga, 2015., str. 37-53.
11. Martinović, Igor, Kritika kvantitativnih metoda ocjene znanstvene djelatnosti (s posebnim osvrtom na kazneno pravo i prilike u Hrvatskoj) u: Jovan Ćirić, Luka Breneselović (ur)., *Zbornik za percepciju naučnog rada i poznavanje rekvizita njegove ocjene*. Beograd, Institut za uporedno pravo, 2017., str. 71-85.
12. Mudge, Stephanie Lee i Vauchez, Antoine, Building Europe on a Weak Field: Law, Economics, and Scholarly Avatars in Transnational Politics, *American Journal of Sociology*, vol. 118, 2/2012, str. 449-492.
13. Narin, Francis, *Evaluative Bibliometrics: The Use of Publication and Citation Analysis in the Evaluation of Scientific Activity*, National Science Foundation, Computer Horizons, Washington, 1976., https://www.academia.edu/747312/Evaluative_bibliometrics_The_use_of_publication_and_citation_analysis_in_the_evaluation_of_scientific_activity, 15. svibnja 2019.

14. Piotrowski, Chris, *Citation-Based Findings are (Largely) a Function of Method of Analysis: A Comment on Black*, *Psychological Reports*, vol. 111, 3/2012, <https://journals.sagepub.com/doi/10.2466/09.13.17.PR0.111.6.711-716>, 1. December 2012, 15. lipnja 2019.
15. Shapiro, Fred. R, *Origins Of Bibliometrics, Citation Indexing, And Citation Analysis: The Neglected Legal Literature*. *Journal of the American Society for Information Science*, vol. 43, 5/1992, str. 337-339.
16. Švarc, Jadranka; Čengić, Drago; Poljanec-Borić, Saša; Lažnjak, Jasminka; Šikić Luka, *Kamo ide hrvatski znanstvenoistraživački sustav: prema racionalnoj reformi ili prema entropiji i urušavanju?* Institut društvenih znanosti Ivo Pilar, radni materijal, Zagreb, 2018. Dostupno na: <https://www.pilar.hr/2018/02/kamo-ide-hrvatski-znanstvenoistrazivacki-sustav/> 15. lipnja 2019.
17. Torres-Salinas, Daniel; Robinson-Garcia Nicolas; Gorraiz, Juan, *Filling the Citation Gap: Measuring the Multidimensional Impact of the Academic Book at Institutional Level with PlumX*, *Scientometrics*, vol. 113, 3/2017, str. 1371-1384.
18. Zauder, Krešimir, *Razvoj scientometrije praćen kroz časopis Scientometrics od početka izlazenja 1978. do 2010 godine*, doktorski rad, Filozofski fakultet, Sveučilište u Zagrebu, 2014.
19. Zgrabljčić Rotar, Dora; Jokić, Maja i Mateljan, Stjepan, *The Visibility Of Papers Written By Authors From European Post-Socialist Countries As An Indicator Of Integration In EU Legal System*, *Croatian Yearbook of European Law and Policy*, vol. 14, 1/ 2018., 135-160.

Akti

1. Pravilnik o uvjetima za izbor u znanstvena zvanja, *Narodne novine* 84/2005, 100/2006, 138/2006, 42/2007, 120/2007, 71/2010, 116/2010, 38/2011, 26/2013, 99/2013.
2. Pravilnik o uvjetima za izbor u znanstvena zvanja, *Narodne novine* 28/2017, 72/2019.
3. Pravilnik o znanstvenim i umjetničkim područjima, poljima i granama, *Narodne novine* 118/2009, 82/2012, 32/2013, 34/2016.
4. Strategija obrazovanja, znanosti i tehnologije, *Narodne novine*, 124/2014.
5. Zakon o znanstvenoj djelatnosti i visokom obrazovanju *Narodne novine*, 123/2003, 198/2003, 105/2004, 174/2004, 2/2007, 46/2007, 45/2009, 45/2009, 63/2011, 94/2013, 139/2013, 101/2014, 60/2015, 131/2017.

Barbara Herceg Pakšić*

Summary

**IN LAW AND ABOUT LAW: THE SITUATION AND
PERSPECTIVES IN THE FIELD OF LAW IN THE LIGHT
OF NEW VALIDATION NORMATIVE CONDITIONS IN THE
REPUBLIC OF CROATIA**

By significantly changing the evaluation criteria set out in the Rules on Conditions for Election in Scientific Titles in 2017, law field scientists began to observe the publication of their papers in a way that has not yet been introduced - through scoring, new categorization and indexing in *Scopus* and *WoSCC* bases. At the same time, this required the adaptation of scientific journals to the same proclaimed conditions. This is why the characteristics of Croatian legal-scientific reality, in terms of paper publication, have become conditioned by the efforts to undergo standardization and metrics. At the same time this happens without respecting the inherent fundamental characteristic of law as a discipline. One of the basic ones is primarily national orientation. The paper provides a normative analysis of the previous and positive conditions related to the evaluation of the published scientific papers in the field of law, as well as the results of the research obtained by examining law scientists at the four law faculties in the Republic of Croatia. Research findings bring the features of the previous modality of publishing on behalf of legal scientists in Croatia in the light of the new conditions and indicate that the changes presented will affect future publication intention in the field of law.

***Keywords:** law; science; scientific paper publication; categorization of scientific papers; advancement of law scientists.*

Zusammenfassung

**IM RECHT UND ÜBER DAS RECHT: DIE LAGE UND
PERSPEKTIVEN IM GEBIET DES RECHTS IM LICHT
NEUER NORMATIVER BEDINGUNGEN**

Nachdem die Bewertungskriterien in den Regeln für die Bedingungen zur Verleihung wissenschaftlicher Titel aus dem Jahr 2017 wesentlich geändert wurden, begannen die Wissenschaftler im Gebiet des Rechts ihre Veröffentlichungen aus einer

* Barbara Herceg Pakšić, Ph.D, Assistant Professor, Faculty of Law, Josip Juraj Strossmayer University of Osijek; bherceg@pravos.hr.

anderen Perspektive zu beobachten, nämlich durch Punkte, neue Kategorisierung und Indexierung von Zeitschriften in *Scopus* und *WoSCC*. Gleichzeitig mussten sich auch wissenschaftliche Zeitschriften an diese Bedingungen anpassen. Dadurch wurde die Rechtswissenschaft hinsichtlich der Veröffentlichungen von Standardisierung und Metrik abhängig geworden, ohne dass man die Eigenschaften des Rechts als Disziplin, insbesondere ihren nationalen Charakter, in Betracht gezogen hat. Dieser Beitrag analysiert die vorherigen Bedingungen für die Bewertung von veröffentlichten Beiträgen im Gebiet des Rechts sowie auch die Ergebnisse der durch die Befragung von Rechtswissenschaftlern an vier juristischen Fakultäten in der Republik Kroatien durchgeführten Forschung. Indem man in diesem Beitrag die Merkmale früherer Bewertungskriterien mit den Merkmalen der neuen Bewertungskriterien vergleicht, weist man darauf hin, wie die dargestellten Änderungen die Zukunft der Veröffentlichungen im Gebiet des Rechts beeinflussen werden.

Schlüsselwörter: *Recht; Rechtswissenschaft; Veröffentlichung wissenschaftlicher Arbeiten; Kategorisierung von Arbeiten; Verleihung von wissenschaftlichen Titeln.*

Riassunto

NEL DIRITTO E RIGUARDO AL DIRITTO: LO STATO E LE PROSPETTIVE NELL'AMBITO DEL DIRITTO NELLA REPUBBLICA DI CROAZIA ALLA LUCE DELLE CONDIZIONI LEGALI DI CONFERMA

Il significativo cambiamento dei criteri valutativi introdotto dal Regolamento sui requisiti per l'attribuzione dei titoli scientifici del 2017 ha portato gli studiosi del diritto a considerare la pubblicazione dei propri scritti in maniera diversa – mediante punteggi, mediante una nuova categorizzazione ed indicizzazione nelle riviste inserite in banche dati come *Scopus* o *WoSCC*. Al contempo, ciò ha richiesto anche l'adattamento delle riviste scientifiche a tali nuovi requisiti. In tale modo le caratteristiche della realtà scientifico giuridica croata, quando si tratta delle pubblicazioni, è condizionata dai tentativi di standardizzarle, ma al tempo stesso anche condizionate dall'assenza del riconoscimento delle particolarità che riguardano il diritto come disciplina tra le quali in primo luogo quella dell'orientamento nazionale. Il contributo offre un'analisi normativa dei requisiti precedenti e positivi collegati alla valutazione dei lavori pubblicati nel settore del diritto, come pure i risultati delle ricerche ottenuti mediante l'intervista dei giuristi nelle quattro facoltà di diritto nella Repubblica di Croazia. I dati raccolti mediante la ricerca condotta illustrano le caratteristiche delle previe modalità di pubblicazione degli studiosi del diritto in Croazia alla luce dei nuovi requisiti e mostrano come tali cambiamenti influiranno sulle future pubblicazioni nel settore del diritto.

Parole chiave: *diritto; scienza giuridica; pubblicazione dei contributi scientifici; categorizzazione delle pubblicazioni; avanzamenti nei titoli scientifici.*

APPLICABLE LAW IN MATRIMONIAL PROPERTY REGIME DISPUTES

Doc. dr. Neža Pogorelčnik Vogrinc*

UDK: 347.626

<https://doi.org/10.30925/zpfsr.40.3.5>

Ur.: 02. listopada 2019.

Pr.: 16. prosinca 2019.

Prethodno priopćenje

Summary

The paper presents the regulation of the applicable law as determined in Council Regulation (EU) 2016/1103 of 24 June 2016 implementing enhanced cooperation in the area of jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of matrimonial property regimes. It concludes that the new EU arrangement has made it easier for spouses to determine the applicable law and evaluates the suitability of the connecting factors provided by Regulation 2016/1103. The paper also challenges the examination of these connecting factors as of the time of the conclusion of the marriage and assumes that their exclusion under exceptional circumstances is difficult to achieve. It compares the connecting factors with those provided by Slovenian and Croatian private international law in theory, and provides practical examples of the differences resulting from the new European arrangement. The paper further examines the hypothesis that the possibility of agreement on the choice of law will cause many problems in practice, and provides possible solutions. Throughout the paper, the system established by Regulation 2016/1103 is compared with other European regulations and the relevant case law of the CJEU, but the author primarily focuses on the changes in Slovenian and Croatian case law caused by the application of Regulation 2016/1103.

Keywords: *matrimonial property regime; applicable law; Regulation 2016/1103; international private law; choice-of-law agreement.*

* Neža Pogorelčnik Vogrinc, Ph.D., Assistant Professor, Faculty of Law, University of Ljubljana; neza.pogorelcnik@pf.uni-lj.si.

This paper has been co-funded by the European Union's Justice Programme (2014–2020) Project PSEFS – Personalized Solution in European Family and Succession Law n. 800821-JUST-AG-2017/JUST-JCOO-AG-2017. The content of this document represents the views of the author only and is his/her sole responsibility. The European Commission does not accept any responsibility for use that may be made of the information it contains.

1. INTRODUCTION

Family relations and the regulation thereof is a sensitive matter. While they are primarily important to individuals, the state's relationship to family relations is delicate as well. The progressiveness of such regulation depends in particular on how developed a society is and on the climate in each respective state. European Union (EU) Member States¹ range across a broad spectrum as regards both progressiveness and social climate, which became evident (yet again) in the procedure for formulating and adopting a single European legal framework for the property consequences of marriage and registered partnerships.

Due to uncertainty about matrimonial property regimes, which had posed problems for cross-border spouses exercising their rights, the need to adopt European legislation² in this field was made a priority for the first time in the 1998 Vienna Action Plan.³ Various activities⁴ followed, which in March 2011 ultimately resulted in the adoption of the Proposal for a Council Regulation on jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of matrimonial property regimes (COM(2011) 126 final) and the Proposal for a Council Regulation on jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions regarding the property consequences of registered partnerships (COM(2011) 127 final). Since they fall within the domain of family law, the proposals would have had to be confirmed by the Council by a unanimous vote after consultation with the Parliament (Article 81/III of the Treaty on the Functioning of the European Union⁵), but after almost two years of debate and fierce opposition from some Member States (Poland and Hungary in particular), the Council decided in December 2015 that consensus was not achievable. Immediately thereafter, several Member States expressed willingness to establish enhanced cooperation on this matter. In June 2016 the Council approved⁶ that and then immediately adopted Council Regulation

1 For an overview of the legal arrangements in some non-EU countries, see Scherpe, J. M. (ed.), *Marital Agreements and Private Autonomy in Comparative Perspective*, Oxford, Hart Publishing, 2012.

2 Before that, the Convention Relating to Conflicts of Laws with regard to the Effects of Marriage on the Rights and Duties of the Spouses in their Personal Relationship with regard to their Estates of 17 July 1905 and the Convention on the Law Applicable to Matrimonial Property Regimes of 14 March 1978 had been adopted in the framework of the Hague Conference on Private International Law.

3 Proposal for a Council Regulation on jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of matrimonial property regimes COM(2011) 126 final, 2011/0059 (CNS), p. 2.

4 There were several prior steps on this path, including the Programme of measures for implementation of the principle of mutual recognition of decisions in civil and commercial matters (OJ L 12 of 15 January 2001), the Hague Programme (OJ L 53 of 3 March 2005) adopted in November 2004, the Stockholm Programme adopted in December 2009, and the EU Citizenship Report of 2010 (COM(2010) 603). For more, see Proposal for a Council Regulation on jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of matrimonial property regimes COM(2011) 126 final, 2011/0059 (CNS), p. 2.

5 OJ EU C 326.

6 Council Decision (EU) 2016/954, OJ L 159/16 of 16 June 2016.

(EU) 2016/1104 of 24 June 2016 implementing enhanced cooperation in the area of jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of the property consequences of registered partnerships⁷ (Regulation 2016/1104) and Council Regulation (EU) 2016/1103 of 24 June 2016 implementing enhanced cooperation in the area of jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of matrimonial property regimes⁸ (Regulation 2016/1103). The enhanced cooperation features 18 countries: Belgium, Bulgaria, the Czech Republic, Germany, Greece, Spain, France, Croatia, Italy, Luxembourg, Malta, the Netherlands, Austria, Portugal, Slovenia, Finland, Sweden, and Cyprus. For them, both Regulations are binding, directly applicable, and completely replace the relevant national rules on private international law. The remaining EU Member States continue to apply national private international law to matrimonial property regimes. They may join the enhanced cooperation at any time in the future, but in order to do so they must accept both regulations.⁹ Only Estonia has so far announced a willingness to join, whereas cooperation from any of the other countries is not expected – at least for now.¹⁰ The most frequently cited concern of the non-participating states is that under Regulations 2016/1104 and 2016/1103 a state that does not recognise same-sex marriage and/or registered partnerships between same-sex (or heterosexual) couples would have to recognise such unions concluded in other Member States.¹¹ There are safeguards against that in Recital 64 of Regulation 2016/1103 (and Recital 64 of Regulation 2016/1104; see also Recital 21 of both Regulations), which stipulates that the recognition and enforcement of a decision on the matrimonial property regime thereunder should not in any way imply recognition of the marriage underlying the matrimonial property regime that gave rise to the decision. Consequently, the participating countries are not required by Regulation 2016/1103 to transpose into national law forms of matrimony that they do not recognise in their national law, nor to recognise a personal status thereunder. Alas, encountering marital forms unrecognised in domestic legislation is inevitable. One source of confusion¹² is the

7 OJ EU L 183 of 8 July 2016.

8 OJ EU L 183 of 8 July 2016.

9 Recital 7 of Council Decision (EU) 2016/954 of 9 June 2016. See also Valentová, L., Property regimes of spouses and partners in new EU Regulations – jurisdiction, prorogation and choice of law, *De Gruyter, ICLR*, Vol. 16, 2/2016, p. 226, and Rudolf, C., *Premoženjska razmerja med zakonci v mednarodnem zasebnem pravu (Matrimonial property regimes in private international law)*, *Podjetje in delo*, Vol. XLIV, 6-7/2018, p. 954.

10 In questionnaires regarding Regulations 2016/1103 and 2016/1104 whose answers are collected in *Family Property and Succession in EU Member States National Reports on the Collected Data*, the rapporteurs from Hungary, Poland, Romania, Lithuania, and Latvia said their countries would not join the enhanced cooperation, whereas the rapporteurs from Denmark, Ireland, Slovakia, and the United Kingdom did not answer this question.

11 See the individual country reports in *Family Property and Succession in EU Member States National Reports on the Collected Data*.

12 See Kunda, I., *Novi međunarodnoprivatnopravni okvir imovine bračnih i registriranih partnera u Europskoj uniji: polje primjene i nadležnost*, *Zagreb, Hrvatska pravna revija*, Vol. 19, 3/2019, p. 29.

absence of a definition of marriage in Regulation 2016/1103 (Recital 17),¹³ which is why each Member State uses its own definition thereof. Recognition of a marriage or registered partnership concluded abroad that a Member State does not recognise therefore remains an open issue. The problem is not just recognition of unions between same-sex partners, which is the biggest (and very explicit) concern of states that have not joined the enhanced cooperation. It also (for example in Slovenia) concerns recognising a partnership registered by a heterosexual couple abroad. Slovenian law does not provide for such a partnership, which raises the question of whether such should be treated as a marriage or registered partnership, or whether a court should resort to the exception – alternative jurisdiction (Article 9 of Regulations 2016/1104 and 2016/1103) – and decline jurisdiction if it decides that such a partnership cannot be recognised in a specific case for the purposes of matrimonial property regime proceedings.¹⁴ This issue will have to be addressed by case law; absent a response from the Court of Justice of the European Union (CJEU), the case law of the Member States will probably produce conflicting solutions.

As of 29 January 2019, Regulation 2016/1103 is thus applicable to matrimonial property regimes – including with regard to the applicable law – in the Member States participating in the enhanced cooperation. The Regulation, for example, gives (future) spouses the option to choose the applicable law, and it provides rules to determine which law shall apply in the event the spouses do not agree on the choice of law. This paper explores whether the new EU arrangement has made it easier for spouses to determine the applicable law and evaluates the suitability of the connecting factors provided by Regulation 2016/1103. It also challenges the examination of these connecting factors as of the time of the conclusion of the marriage; they may be excluded under exceptional circumstances, but the paper assumes that the conditions for exclusion are difficult to achieve. It compares the connecting factors with those provided by Slovenian and Croatian private international law in theory, and provides practical examples of differences resulting from the new European arrangement. The paper further examines the hypothesis that the possibility of agreement on the choice of law will cause many problems in practice, and provides possible solutions. Throughout the paper, the system established by Regulation 2016/1103 is compared with other European regulations and the relevant case law of the CJEU. Several authors (e.g. Oprea, Party autonomy and the law applicable to the matrimonial property regimes in Europe – see the list of literature for more; Damascelli, Applicable law, jurisdiction, and recognition of decisions in matters relating to property regimes of spouses and partners in European and Italian private international law; Dolžan, Uredbi (EU) glede premoženjskopравnih razmerij za mednarodne pare – kolizijska pravila; Kunda, Novi međunarodnoprivatnopravni okvir imovine bračnih i registriranih partnera u Europskoj uniji: polje primjene i nadležnost; Poretti, Odlučivanje o imovinskim odnosima bračnih drugova u ostavinskim postupcima sukladno Uredbi 2016/1103

13 Regulation 2016/1104, on the other hand, defines the term registered partnership.

14 Denial of jurisdiction is not possible when the parties have obtained a divorce, legal separation, or marriage annulment that is capable of being recognised in the Member State (participating in the enhanced cooperation) of the court at which the procedure is ongoing (Article 9/III of Regulation 2016/1103).

o bračnoimovinskom režimu) have previously dealt with the applicable law under Regulation 2016/1103, but there are no works specifically dealing with the impact of Regulation 2016/1103 on the application of private international law on the matrimonial property regimes of Croatia and Slovenia.

2. NATIONAL PRIVATE INTERNATIONAL LAW

Regulation 2016/1103 does not determine in which cross-border disputes it is applicable.¹⁵ In countries participating in the enhanced cooperation it replaces the relevant provisions of private international law regardless of the country of origin of the international element that defines this as a cross-border dispute. The regulation is thus not applicable only in disputes with an element from another country participating in the enhanced cooperation; it is also applicable in disputes with an element from other EU Member States and in disputes with an element from third countries. In Slovenia, for example, it completely replaces¹⁶ the relevant provisions of the Private International Law and Procedure Act¹⁷ (*Zakon o mednarodnem zasebnem pravu in postopku – ZMZPP*). In Croatia, the Act Concerning the Resolution of Conflicts of Laws with the Provisions of Other Countries in Certain Matters¹⁸ (*Zakon o rješavanju sukoba zakona s propisima drugih zemalja u određenim odnosima – ZRSZPDZ*) was in force until 29 January 2019, when it was replaced by the Private International Law Act¹⁹ (*Zakon o međunarodnom privatnom pravu – ZMPP*). Whereas the former was almost identical to the Slovenian ZMZPP, in the ZMPP the Croatian legislature took a different route regarding the regulation dealt with in this article. Since Regulation 2016/1103 applies to matrimonial property regimes in all cross-border disputes, there is no need for a national regulation on this matter. The Croatian ZMPP thus refers to Regulation 2016/1103 concerning the applicable law and jurisdiction in such disputes (just as it defers to Regulation 2016/1104 for disputes concerning the property consequences of registered partnerships) and does not have its “own” provisions concerning these matters.

3. THE REGULATORY FRAMEWORK OF CONFLICT-OF-LAW RULES

When a judge determines that he or she has (international) jurisdiction in a dispute with an international element, he or she then determines which country’s substantive law to apply in the ruling. With regard to the law governing (personal and) matrimonial property, the ZMZPP (Article 38) determined nationality as the primary

15 Cf., for example, Article 3 of Regulation (EC) No. 1896/2006 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 creating a European order for payment procedure, OJ EU L 399 of 30 December 2006.

16 An exception exists for the provisions regarding the applicable law. These will continue to be used for a while. See the section “*The razione temporis* of Regulation 2016/1103”.

17 OG RS 56/99 as amended.

18 OG Croatia 53/91 and 88/01.

19 OG Croatia 101/17.

connecting factor. The primary applicable law is therefore the law of the state of which (both) spouses are nationals (*lex patriae, lex nationalis*). This is a changeable yet fairly stable connecting factor that is far more difficult to change than (temporary or permanent) residence. If the spouses are nationals of different states, the law of the state in which they have permanent residence applies (*lex domicilii*). If the spouses have neither the same nationality nor permanent residence in the same state, the law of the state in which they both had their last permanent residence applies; absent that, the law that is most closely connected to the relationship applies (closest connection). For the latter, it is necessary to consider all of the circumstances of the case in question, e.g. the nationality and residence of the parties, their language, etc. The competent court decides which law is most closely connected to the relationship. The legal framework established by the Croatian ZRSZPDZ was the same, only that instead of the last connecting factor – the closest connection – it referred to the application of Croatian law (Article 36). The almost identical provisions of both laws are an indication of their common roots. In both countries the Yugoslav Act Concerning the Resolution of Conflicts of Laws with the Provisions of Other Countries in Certain Matters (Zakon o ureditvi kolizije zakonov s predpisi drugih držav v določenih razmerjih – ZUKZ)²⁰ had previously been in force, and both countries subsequently modelled their laws on the resolution of conflicts of laws on (*inter alia*) the matrimonial property regimes on the Yugoslav precursor.

Article 38 of the ZMZPP does not determine at which point in time the existence of connecting factors is examined for the purposes of determining conflict-of-law rules, but these are considered²¹ changeable connecting factors that refer to the moment of examination, i.e. the initiation of court proceedings. If during the course of the marriage a circumstance changes (e.g. the spouses acquire or lose nationality or move), this results in a change in the law that would apply if a dispute concerning matrimonial property were to be examined by a court (a changeable factor).²²

Regulation 2016/1103²³ (Article 26/1) determines connecting factors to be

20 OG SFRJ 43-525/82 as amended.

21 Ilešič, M., Polajnar-Pavčnik, A., Wedam-Lukić, D., *Mednarodno zasebno pravo, komentar zakona*, Ljubljana, Časopisni zavod Uradni list Republike Slovenije, 1992, p. 71.

22 Geč Korošec, M., *Mednarodno zasebno pravo, Druga knjiga – posebni del*, Ljubljana, Uradni list Republike Slovenije, 2002, p. 57. For details, see *Mednarodno zasebno pravo, komentar zakona*, Ilešič, M., Polajnar-Pavčnik, A., Wedam-Lukić, D., *op. cit.*, p. 71. The same applied to the previously valid Croatian ZRSZPDZ.

23 The law designated by Regulation 2016/1103 as applicable applies even if it is the law of a state that does not participate in the enhanced cooperation (Article 20) – the principle of universal application. Such an arrangement has been used in certain other EU regulations – cf. Article 20 of Regulation (EU) No 650/2012 of the European Parliament and of the Council of 4 July 2012 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and acceptance and enforcement of authentic instruments in matters of succession and on the creation of a European Certificate of Succession (OJ L 201 of 27 July 2012; Regulation 650/2012 on succession), Article 4 of Council Regulation (EU) No. 1259/2010 of 20 December 2010 implementing enhanced cooperation in the area of the law applicable to divorce and legal separation (Regulation Rome III), OJ L 343/10 of 29 December 2010, and Article 2 of Regulation (EC) No. 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Regulation Rome I), OJ L 177 of 4 July 2008.

considered in the choice of conflict-of-law rules that are significantly different than those provided by the ZMZPP. The Council has moved away from nationality as the typical connecting factor in continental law²⁴ and determined common habitual residence after the conclusion of the marriage as the first relevant factor. This is a fixed, unchangeable connecting factor that subsequent changes (e.g. the relocation of the common habitual residence of the spouses) will not affect, nor do such changes therefore affect the choice of applicable law. The country of common residence should be identified, which makes it possible to use this connecting factor to determine the applicable law even if the spouses have different habitual residences within a single state.²⁵ This raises the question of how long after the conclusion of the marriage a common habitual residence must be established in order for it to constitute the first connecting factor. Is this a connecting factor if the married spouses settled in the same Member State a month or a year after marriage? Regulation 2016/1103 does not address this, leaving it up to case law; in order to aid case law, Recital 49 only determines that the first common habitual residence *shortly* after marriage should constitute the first criterion. In theory there have been proposals that there should be a period of several months after the conclusion of the marriage during which this condition must be fulfilled,²⁶ but some are also of the opinion that the period that should count as the first residence after the conclusion of the marriage should not be restricted.²⁷ In my opinion, it is impossible to specify a time period after the conclusion of the marriage during which the first common habitual residence may be established. In each specific case the decision hinges on the circumstances and it is in the hands of the court, but the author disagrees with the notion that such a condition may be fulfilled at any time after the conclusion of the marriage (e.g. that spouses who got married in their youth do not create the first common habitual residence until after retirement, thereby achieving the first connecting factor for the purposes of the choice of law). Since it is assumed that in most cases spouses will start living together after marriage (or at least in the same country), other connecting factors will be used only rarely in determining the applicable law.

If, after marrying, the spouses do not have a common habitual residence in the same country or do not live long or intensely enough in any other country to establish habitual residence there, their matrimonial property regime is subject to the law of the state whose common nationality the spouses had at the time of the conclusion of the marriage. This is a more stable connecting factor than the first one, and it is easier to identify. National law and international conventions are used to identify a person's nationality (Recital 50). If the spouses do not have a common nationality at the time of the conclusion of the marriage, this connecting factor cannot be considered. The result

24 Schulz, R., Choice of law in relation to matrimonial property in the 21st Century, *Journal of Private International Law*, Vol. 15, 1/2019, pp. 10-11.

25 Dolžan, J., Uredbi (EU) glede premoženjskopравnih razmerij za mednarodne pare – kolizijska pravila, *Ljubljana, Odvetnik*, Vol. 90, 2/2019, p. 111.

26 *Ibid.*, p. 112. See also Rudolf, C., *op. cit.*, p. 960.

27 Damascelli, D., Applicable law, jurisdiction, and recognition of decisions in matters relating to property regimes of spouses and partners in European and Italian private international law, *Trusts & Trustees*, Vol. 0, 0/2018, p. 4.

is the same if at the time of the conclusion of the marriage the spouses have multiple common nationalities (*subject mixtae*), which is in line with the CJEU's position on the equality of nationalities.²⁸ This is a different approach than that provided by the ZMZPP. For a Slovenian national with multiple nationalities, the ZMZPP, for example, stipulates that for the purposes of the application of the ZMZPP they are considered as having only Slovenian nationality, which is underpinned by the notion that domestic law provides the best legal certainty for nationals of that state.²⁹ If a person who is not a Slovenian national has multiple nationalities, for the purposes of the ZMZPP he or she is regarded as being a national of the state he or she is a national of and where he or she has permanent residence;³⁰ if such a person does not have permanent residence in any state whose nationality he or she has, he or she is regarded as being a national of the state whose nationality he or she has and with which he or she has the closest links (Article 10). The same arrangement, only for the benefit of Croatian nationality, is provided by the Croatian ZMPP (Article 3) and its predecessor, the ZRSZPDZ (Article 11).

If spouses do not have a common nationality at the time of the conclusion of the marriage or have more than one common nationality, their matrimonial property regime is subject to the law of the state with which, all circumstances considered, both spouses have the closest connection as of the time of the conclusion of the marriage.³¹ Regulation 2016/1103 does not provide guidance on when closest links are deemed to have been established.³² In each specific case all of the actual and legal circumstances of the spouses as of the conclusion of the marriage are considered: nationality, religion, language, location of assets, etc., which are determined by the competent court. The moment of the conclusion of the marriage is considered the relevant point for the examination of the closest connection. This is an unchangeable factor that determines which circumstances at a specific moment in the past must be considered.³³ Subsequent changes (nationality, residence, etc.) do not affect this connecting factor, and the applicable law may change only by way of the spouses concluding an agreement on the choice of law.

28 Marino, S., Strengthening the European civil judicial cooperation: the patrimonial effects of family relationships, Madrid, Cuadernos de Derecho Transnacional, Vol. 9, 1/2017, p. 280.

29 Geč Korošec, M., Mednarodno zasebno pravo, Prva knjiga – splošni del, Ljubljana, Uradni list Republike Slovenije, 2001, p. 88.

30 *Loc. cit.* It is assumed that a foreigner with multiple nationalities has the closest connection to the state in which he or she has permanent residence.

31 In the event of multiple common nationalities, Regulation 2016/1103 invokes the closest connection as well as the first habitual common residence as connecting factors (Article 26/II), but considering the cascading relationship between them (assuming that identification of the nationality of the spouses was carried out), the latter obviously did not exist.

32 Poretti, P., Odlučivanje o imovinskim odnosima bračnih drugova u ostavinskim postupcima sukladno Uredbi 2016/1103 o bračnoimovinskom režimu, Rijeka, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, Vol. 38, 1/2017, p. 463, believes that the cause of the openness is that this connecting factor may be used for the bulk of cases in which neither the first nor the second connecting factor can be used.

33 Geč Korošec, M., Mednarodno ..., Prva knjiga ..., *cit.*, p. 115, sees this as being intended primarily for the protection of legal certainty, which should be outwardly evident.

Once determined in such manner, the law applies to the spouses' entire property, regardless of whether it is located in multiple countries, whether or not these countries participate in the enhanced cooperation and whether or not they are EU Member States. It also applies notwithstanding the type of property, which provides legal certainty for the parties and prevents the fragmentation of the matrimonial property regime (Recital 43).

However, reference (regarding all connecting factors) to the moment of the conclusion of the marriage (the second and third connecting factors) or the time after the conclusion of the marriage (the first connecting factor) has an important shortcoming. Even in the event of subsequent significant life changes, during the course of court proceedings the spouses may no longer have a connection to the state whose law will apply. For example, after getting married a German man and Slovenian woman move to Rome for a year due to the wife's training. They then move to Austria, where they live for the next 20 years until they divorce. In a matrimonial property regime procedure, the court of jurisdiction will be in Austria (Article 6/a of Regulation 2016/1103), which will have to apply Italian law (Article 26/I(a) of Regulation 2016/1103), even though the spouses do not (any longer) have a connection to Italy.

To address such situations, Regulation 2016/1103 provides an escape clause. The court can avoid applying the law of the state of first habitual common residence after the conclusion of the marriage under certain conditions (Article 26/III).³⁴ Such a solution is possible only when proposed to the court by one of the spouses. He or she must demonstrate that the last habitual residence lasted longer than the first, whereby the court will examine whether it was indeed significantly longer. He or she must also demonstrate the existence of past spousal conduct such that it provides evidence of his or her reference to the law of that state, which is difficult if the other spouse opposes the application of this law. If the other spouse agrees with the application of this law, he or she may actively demonstrate his or her past conduct in this direction, but his or her (explicit) consent to the use of this exception is not required. This exception from the principle of permanence can thus be applied to avoid the impractical application of a law not connected to the dispute; however, it is possible only in specific court procedures when permitted by the court. In the above-mentioned case, Austrian law will therefore be applied provided one of the spouses proposes its application and the conditions are satisfied (and it is possible to determine with certainty the existence of a significantly longer residence in Austria).³⁵

3.1. Examples

A) German nationals move to Slovenia in 2015 and get married. In October 2019 they divorce. The (ex) husband then moves to Germany and the (ex) wife

³⁴ Poretti sees the application of this provision as creating the possibility of using the law of the same state for both succession and matrimonial property regime disputes between (former) spouses. For details, see Poretti, P., *op. cit.*, p. 464.

³⁵ This creates problems with *ex tunc* application of the thusly chosen law and the impact on third-party rights, but that is beyond the scope of this paper.

stays in Slovenia. The husband wishes to initiate proceedings for the division of the matrimonial property. Which law will be applied?

This paper does not deal with issues concerning international jurisdiction. But since it is impossible to determine the applicable law without determining international jurisdiction, the subsequent examples also provide solutions for that. In this specific case, the court of (international) jurisdiction is in Slovenia under Regulation 2016/1103 (because the court procedure was initiated (on or) after 29 January 2019 – see the next section) (Article 6/b).

If the ZMZPP is applied, the applicable law is determined pursuant to Article 38/I: the law of the state of which the spouses are nationals is applied, which means that German law³⁶ will be applied.

If Regulation 2016/1103 is applied, under Article 26/I(a) the applicable law is the law of the state in which the spouses had their first common habitual residence, in this case Slovenian law.

B) A Slovenian national and a German national settle in Slovenia, where they marry. They divorce in October 2019. The German (ex) wife then moves to Germany and the Slovenian (ex) husband remains in Slovenia. The husband wants to initiate proceedings for the division of the matrimonial property. Which law will be applied?

Pursuant to Regulation 2016/1103 (because court proceedings were initiated (on or) after 29 January 2019 – see the next section), the court in Slovenia has (international) jurisdiction (Article 6/b).

If the ZMZPP is applied, the applicable law is determined pursuant to Article 38/III because the (former) spouses are nationals of different states and do not have residence in the same state. The dispute must be resolved according to the law of the state where they had their last common residence – i.e. Slovenian law.

If Regulation 2016/1103 is applied, the law applicable to the matrimonial property will be the law of the state in which the spouses had their first common habitual residence after the conclusion of the marriage – i.e. Slovenian law.

C) Two Slovenian nationals move to Austria, where they marry. In October 2019 they divorce, whereupon the (ex) husband moves back to Slovenia and the (ex) wife to Germany. The wife wants to initiate proceedings for the division of the matrimonial property. Which law will apply?

Pursuant to Regulation 2016/1103 (because court proceedings were initiated (on or) after 29 January 2019 – see the next section), the court in Slovenia has (international) jurisdiction (Article 6/c).

If the ZMZPP is applied, since they have a common nationality, the dispute is resolved using the law of the state of which the spouses are nationals (Article 38/I) – i.e. Slovenian law.

If Regulation 2016/1103 is applied, the law applicable to the matrimonial property will be the law of the state in which the spouses had their first common habitual residence after the conclusion of the marriage – i.e. Slovenian law.

D) Two nationals of the United States move to Slovenia, where they marry.

36 The solution would have been the same under the old Croatian ZRSZPDZ if Slovenia were replaced with Croatia. The same applies to all subsequent examples.

In October 2019 they divorce but both stay in Slovenia. The wife wants to initiate proceedings for the division of the matrimonial property. Which law will apply?

Pursuant to Regulation 2016/1103 (because court proceedings were initiated (on or) after 29 January 2019 – see the next section), the court in Slovenia has (international) jurisdiction (Article 6/a).

If the ZMZPP is applied, since the spouses have common nationality, the dispute is resolved using the law of the state of which the spouses are nationals (Article 38/I) – i.e. United States law.

If Regulation 2016/1103 is applied, the applicable law will be the law of the state in which the spouses had their first common habitual residence after the conclusion of the marriage – i.e. Slovenian law.

E) A Slovenian national and a German national settle in Slovenia, where they marry. After a year they move to Austria, where they live another year and a half. In October 2019 they divorce, whereupon the (ex) wife moves to Germany and the (ex) husband to Slovenia. The wife wants to initiate proceedings for the division of the matrimonial property. Which law will apply?

Pursuant to Regulation 2016/1103 (because court proceedings were initiated (on or) after 29 January 2019 – see the next section), the court in Slovenia has (international) jurisdiction (Article 6/c).

If the ZMZPP is applied, due to the non-existence of connecting factors under Article 38/I, II, the law of the state of the last common residence applies (Article 38/III) – i.e. Austrian law.

If Regulation 2016/1103 is applied, the applicable law will be the law of the state in which the spouses had their first common habitual residence after the conclusion of the marriage – i.e. Slovenian law. If one of the spouses proposes and both spouses invoke Austrian law, the court may apply Austrian law if it decided that residence in Austria lasting a year and a half is significantly longer than a one-year residence in Slovenia.

Comment:

In all of the above cases, the essential element in choosing the right answer as to which law applies is that Slovenian courts have international jurisdiction. This occurs when the (former) spouses have habitual residence in Slovenia at the time the court is seised, when they last had common residence in Slovenia and one of them still resides there, when the defendant has habitual residence in Slovenia at the time the court is seised, or when the spouses are Slovenian nationals at the time the court is seised. Connecting factors are used in cascading order (Article 6 of Regulation 2016/1103), but notwithstanding how the international jurisdiction of Slovenian courts is determined, the answer with regard to which law applies is the same.

Regulation 2016/1103 applies (provided marriage was concluded on or after 29 January 2019 – see the next section) regardless of which state the “foreign” element in the dispute comes from. In disputes that continue to apply national private international law, bilateral or multilateral conventions between countries participating in the enhanced cooperation and others (Article 62 of Regulation 2016/1103) must be considered in the choice of applicable law. In Slovenia, international conventions

will thus be used instead of the ZMZPP in disputes with elements from Hungary, Mongolia, Romania, Poland, or Slovakia.³⁷

3.2. *The *ratione temporis* of Regulation 2016/1103*

In the examples listed above, solutions regarding the application of law depend on whether the ZMZPP (or the previously valid Croatian ZRSZPDZ) or regulation 2016/1103 is applied. When to apply one or the other depends on the *ratione temporis* of Regulation 2016/1103, which is determined in the transitional provisions (Article 69).

The regulation applies only to court proceedings³⁸ initiated on or after 29 January 2019. If court proceedings were initiated before that date, jurisdiction is subject to national private international law. However, decisions in such procedures (initiated before 29 January 2019) adopted after this date are recognised and enforced in accordance with Regulation 2016/1103 as long as the rules of jurisdiction that have been applied comply with those set out in Regulation 2016/1103. In the examples described above, Regulation 2016/1103 applies for jurisdiction because the proceedings were initiated in (or after) October 2019 (which means on or after 29 January 2019).

The Regulation 2016/1103 rules on the applicable law are applied if the marriage was concluded on or after 29 January 2019. Even when the marriage was concluded before then, Regulation 2016/1103 applies if the spouses agreed on a choice of law applicable to their matrimonial property regime after this date. This is not the case if the spouses (merely) agreed on the international jurisdiction or the applicable matrimonial property regime. This provision was different when Regulation 2016/1103 was adopted in that the conflict-of-law chapter applied to marriages or choice-of-law agreements concluded *after* 29 January 2019; however, this created a discrepancy with the provision on the application of the remaining chapters of the Regulation. Less than a month after Regulation 2016/1103 was adopted, the Corrigendum to Council Regulation (EU) 2016/1103 of 24 June 2016 implementing enhanced cooperation in the area of jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of matrimonial property regimes³⁹ was therefore adopted to eliminate the discrepancy. In the above-mentioned cases, the applicable law is thus determined in accordance with Regulation 2016/1103 if the marriage was concluded on or after 29 January 2019. If it was concluded before then, the ZMZPP applies.

Considering the substance of the transitional provisions, it is clear that the national rules on private international law of the Member States participating in the enhanced cooperation will continue to apply in court disputes for a considerable amount of time (as long as there are marriages concluded before 29 January 2019).

37 This is because Slovenia has concluded international agreements in this field with these countries, none of which participate in the enhanced cooperation. See Rudolf, C., *op. cit.*, p. 956.

38 The same applies to authentic instruments and court settlements formally drawn up or registered, approved, or concluded on or after 29 January 2019.

39 OJ EU L 183 of 8 July 2016.

Example: An Austrian national and a Slovenian national married in 2010 and lived in Austria for three years after that. In 2013 they moved to Slovenia, where they continued living until they divorced in 2019. The ex-wife moved back to Austria and the ex-husband remained in Slovenia. In 2020 she initiated court proceedings for the division of the matrimonial property. Which legal source is applied to determine the international jurisdiction and the applicable law?

Regulation 2016/1103 is applied to determine the jurisdiction in court proceedings initiated on or after 29 January 2019. Pursuant to Article 6/b, jurisdiction will lie with the courts in Slovenia since that is where their last habitual residence was and where the husband continues to reside.

Regulation 2016/1103 is applied for the applicable law if the marriage was concluded on or after 29 January 2019. Given that this condition is not satisfied in this specific case, the applicable law will be determined under the Slovenian ZMZPP using the connecting factor under Article 38/III, which stipulates that the law of the state in which they both had their last permanent residence shall apply – i.e. Slovenian law.

The solution would be different if the applicable law was determined under Regulation 2016/1103, where the connecting factors depend on the time of the conclusion of the marriage. In this case, Article 26/I(a) of Regulation 2016/1103 and Austrian law would apply since the spouses had their first common habitual residence in Austria.

This case illustrates how in practice there will be situations where the jurisdiction is determined under Regulation 2016/1103 and the applicable law under the national rules on private international law. Such a discrepancy will create confusion and will not take advantage of Regulation 2016/1103, which strives to connect both elements (see, e.g., Article 7/I).

4. MATRIMONIAL PROPERTY RELATIONSHIPS

The applicable law considerations described above do not apply if the spouses chose the law applicable to their matrimonial property regime before the marriage, at the time of the conclusion of the marriage, or during the course of the marriage (Recital 45). The law they chose applies to all legal issues concerning their matrimonial property (for details, see Article 27 of Regulation 2016/1103). When choosing the law, the spouses may also agree on a specific property regime in the chosen national law; if they do not, the default matrimonial regime provided by the national law applies.⁴⁰ Greater autonomy of the parties gives the spouses more flexibility and improves legal certainty; however, the free will of spouses as regards the choice of law is fairly limited compared to the autonomy of parties in international contract law.⁴¹ The choice of law by default applies to all assets falling under the matrimonial property regime (Article 21 of Regulation 2016/1103) and the spouses may only choose the law of a state in

40 Oprea, E. A., Party autonomy and the law applicable to the matrimonial property regimes in Europe, Madrid, Cuadernos de Derecho Transnacional, Vol. 10, 2/2018, p. 590.

41 See Regulation Rome I.

which one or both have habitual residence at the time of the agreement on the choice of law (compare with Article 26/I(a)) or the law of a state of which one of the spouses is a national at that time (compare with Article 26/I(b)).

Connecting a factor to the time of the conclusion of the agreement makes the connecting factor stable notwithstanding potential future change. If the spouses wish to avoid the chosen law in the future, they may change their agreement, which most commonly happens when they have chosen the law of the state of their habitual residence but later moved. It is significantly faster and easier to change habitual residence than it is to change nationality, which represents a more permanent connection and hence longer satisfaction with the chosen law. However, as regards the connecting factor of nationality, there is the question of whether they may choose the law of any state of which they are nationals if one or both of them are nationals of multiple states. Recital 50 of Regulation 2016/1103 explicitly determines that consideration of a person having multiple nationalities falls outside the scope of the regulation and should be left to national law or international conventions, in full observance of the principles of the EU.⁴² For persons with multiple nationalities, the majority of national law arrangements prefer one nationality – typically the nationality of the given state (see above for the regulation thereof in the ZMZPP). The conclusion, then, would be that if one or both spouses have multiple nationalities, they may only choose the law of the state of one of their nationalities as determined by the national law where the agreement is made; thus, nationality and hence the law of the state in which the agreement was concluded have indirect precedence. However, such reasoning contravenes the case law of the CJEU, which emphasises the equality of nationalities.⁴³ Such a rule would also require the spouses to ascertain – at the time of concluding the agreement on the choice of law – which law they may choose based on the national provisions of the state in which the agreement is made. This makes it more difficult to conclude an agreement on the choice of law and, due to the lack of clarity, affects legal certainty. On the other hand, inquiries about a preference for a certain nationality over another would allow the spouses to conclude the agreement in a state whose national law would prefer the law of that specific nationality that the spouses may want to choose. By selecting the law of the state under which to conclude the agreement, the spouses would therefore indirectly select the applicable law. There are views in theory⁴⁴ that in applying Recital 50 it is necessary to invoke the provision thereof which refers to “observance of the general principles of the Union” and consider CJEU case law to therefore allow spouses with multiple nationalities to choose the law of any of the states they are nationals of. Another argument speaking in favour of this is the grammatical explanation of Recital 50: it invokes the application of national law when

42 The solution is different in Regulation 650/2012, which explicitly determines the opposite. As the law to govern his or her succession as a whole, a person with multiple nationalities may choose the law of a State whose nationality he or she possesses at the time of making the choice or at the time of death (Article 22).

43 In cases C-369/90, Micheletti, C-148/02, Garcia Avello, and C-168/08, Laszlo Hadadi v. Mesko, the CJEU more or less directly emphasised the equality of all the nationalities a person has.

44 Similar in Oprea, E. A., *op. cit.*, p. 585.

Regulation 2016/1103 determines nationality as a connecting factor, which is, strictly speaking, not the case when it comes to the choice of law. That is because nationality is not an objective connecting factor that Regulation 2016/1103 invokes per se; it is rather a connecting factor that may be chosen by the spouses.⁴⁵ The conclusion, then, is that Recital 50 does not provide for the situations under Article 22/I(b) of Regulation 2016/1103. Furthermore, another argument in favour of such reasoning, in author's opinion, is the final part of Recital 50, which states that this consideration should have no effect on the validity of a choice-of-law agreement made in accordance with this Regulation. This leads to the conclusion that the reference to national rules from the first part of Recital 50 does not refer to a spousal agreement on the choice of law. If a spouse has multiple nationalities, it is therefore possible to choose the law of any state whose nationality he or she has.⁴⁶

(Future) spouses may select the law of a state in which one of both of them have habitual residence at the time of the conclusion of the agreement, or the law of a state of which one of the (future) spouses is a national at the time of the conclusion of the agreement, but they cannot agree to use the law of the state with which they have the closest connection as of the conclusion of the marriage (see Article 26/I(c)). This makes sense: at the time of the conclusion of the agreement, a vague connecting factor would create uncertainty for the spouses in determining which state they have the closest connection with.

The ZMZPP also limits parties' free will in choosing the applicable law, but in a different way and more narrowly than Regulation 2016/1103. Freedom is allowed only to the extent provided by the law that would apply to their matrimonial property regime (Article 39). The ZMZPP determines that the law applicable to choice-of-law agreements is determined as of the time the connecting factors are determined. Notwithstanding possible subsequent changes, the connecting factors are determined with regard to the circumstances at the conclusion of the agreement,⁴⁷ which constitutes a sensible connection with the choice-of-law agreement for which the applicable law is determined. Restriction of the parties' autonomy under the ZMZPP thus requires a substantive ruling on the law that would apply to the specific choice-of-law agreement, whereas Regulation 2016/1103 itself specifically determines which law the parties may choose. For spouses who would like to conclude such an agreement, the provisions of Regulation 2016/1103 are significantly simpler and more comprehensible. However, the parties still cannot avoid examining national law rules when concluding an agreement, since they must consider the Regulation's formal requirements with regard to such an agreement. The now invalid ZRSZPDZ (Article 37) required exactly the same.

For the purposes of legal certainty, Regulation 2016/1103 primarily determines that the choice of law applies from the time of the adoption thereof (*ex nunc*), which

45 See Oprea, E. A., *op. cit.*, p. 585. Similar in Regulation 1259/2010, Recital 22 and Article 5.

46 Similar in Dolžan, J., *op. cit.*, p. 109.

47 This is different for matrimonial property regimes in which (due to the lack of the parties' agreement) the applicable law is determined by assessing the connecting factors (although the connecting factors are the same in both situations – Article 39) at the moment of the initiation of court proceedings. See Section 3.

may be problematic in practice in the event the agreement is concluded during⁴⁸ the marriage. That is because, for the same property, a matrimonial property regime provided by the substantive law of one state (determined in accordance with Article 26) is used until the agreement is concluded, whereupon the law of the state chosen by the parties applies (and consequently the matrimonial property regime determined therein). To avoid that, Regulation 2016/1103 makes it possible for the spouses to conclude an agreement with retroactive effect, but this may not adversely affect the rights of third parties.⁴⁹

4.1. Formal requirements

Aside from the substantive restrictions as to which law the parties may choose, Regulation 2016/1103 also determines the formal requirements that an agreement must satisfy to be valid. This ensures that they are aware of the seriousness of the agreement and its content (Recital 47). The agreement must therefore be expressed in writing, dated, and signed by both parties; any communication by electronic means that provides a durable record of the agreement is deemed equivalent (Article 2016/1103).⁵⁰ An agreement concluded using customary electronic messages is not valid; if it is made in electronic form, it must be signed by both parties with secure electronic signatures. These are the same requirements that also apply to choice-of-court jurisdiction, which is sensible since it is likely that the spouses will agree to the international jurisdiction as well as the conflict-of-law rules in a single document in the event of a matrimonial property dispute. Regulation 2016/1103 provides the same for a (potential) spousal agreement on the matrimonial property regime, whereby it additionally requires fulfilment of the formal requirements provided by the law applicable to the matrimonial property regime (Article 25).⁵¹

In addition to the requirements under Regulation 2016/1103 with regard to the validity of the agreement on the choice of law, it is also necessary to consider the potentially stricter national rules of a Member State (participating in the enhanced cooperation) in which both spouses have habitual residence when the agreement is concluded. If their habitual residence is in different states both of which participate in the enhanced cooperation, and the national law of one of them has different formal requirements, the spousal agreement must satisfy the requirements of the law of one of these states. But if only one of the spouses has habitual residence in a Member State participating in the enhanced cooperation, the agreement must satisfy the formal requirements of that Member State. Importantly, the time of the conclusion of the

48 This is not an issue if the spouses select the applicable law before or when concluding the marriage, because it is not until that point that their matrimonial property relationship begins.

49 This issue is beyond the scope of this paper. For details, see Rademacher, L., *Changing the past: retroactive choice of law and the protection of third parties in the European regulations on patrimonial consequences of marriages and registered partnerships*, Madrid, Cuadernos de Derecho Transnacional, Vol. 10, 1/2018, pp. 14-16.

50 More in Dolžan, J., *op. cit.*, p. 110.

51 Due to the greater possibility of the invalidity of an agreement on matrimonial property, such a role has been criticised by Rudolf, C., *op. cit.*, p. 961.

agreement is essential in deciding on satisfaction of the requirements, which ensures predictability and legal certainty for the spouses. Regulation 2016/1103 does not lay down special rules if both parties are residents of countries that do not participate in the enhanced cooperation. Absent provisions to the contrary, in such cases only the formal requirements determined by the Regulation itself apply.⁵² Accordingly, spouses with residence in a third country will have to satisfy only the formal requirements of Regulation 2016/1103, whereas if at least one of the spouses has habitual residence in a state participating in the enhanced cooperation, additional requirements may have to be satisfied (provided that conditions stricter than being in written form and signature by the parties are required for the validity of such an agreement). If the requirements are not satisfied, the agreement is invalid and conflict-of-law rules are determined in accordance with Article 26 of Regulation 2016/1103. The explicit nature of the formal requirements therein shows that a silent agreement on the choice of law is not possible.⁵³

Spouses who wish to conclude a choice-of-law agreement must first establish which state's formal requirements for the validity thereof they must satisfy. These requirements may well be governed by a different law than that applicable to their agreement (e.g. if they choose the law of a state of which one of them is a national). Despite the provision that the scope of the Regulation excludes the legal capacity of spouses (Article 1/II(a)), consent to and the material validity of the agreement are determined under the law chosen in the choice-of-law agreement. An exception is provided for a situation in which one of the spouses claims he or she did not consent to the choice of law. In such a case, his or her consent and the material validity are determined under the law of the state in which this spouse has habitual residence at the time the court is seised (Article 24/II).⁵⁴ But considering that being in written form and signature by both spouses is required for such an agreement to be valid, such cases will probably not be common.⁵⁵

The first solution (Article 24/I of Regulation 2016/1103) has been criticised in theory because the choice-of-law agreement cannot be examined under the chosen law if it is not proven that the choice was valid,⁵⁶ but this rule is also easily applied by

52 Oprea, E. A., *op. cit.*, pp. 591 and 592, who also has certain qualms about such an arrangement.

53 For an opposite view (albeit on Regulation 2016/1104, which has the same formal requirements as to the validity of choice-of-law agreements), see Rudolf, C., *Kolizijske norme Uredbe Sveta (EU) 2016/1104 za premoženjskopravne posledice registriranih partnerskih skupnosti*, Ljubljana, Liber Amicorum Ada Polajnar Pavčnik, Razsežnosti zasebnega prava, p. 276.

54 The same in Article 10 of Regulation Rome I.

55 Oprea, E. A., *op. cit.*, p. 590, lists as a possible example a situation in which the agreement is written in a language that one of the spouses does not speak and the provisions on consent and the material validity of the agreement are different in the chosen law and in the law of the state in which the spouse has habitual residence.

56 Grieco, C., *The role of party autonomy under the regulations on matrimonial property regimes and property consequences of registered partnerships. Some remarks on the coordination between the legal regime established by the new regulations and other relevant instruments of European private international law*. Madrid, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 10, 2/2018, p. 475.

the parties,⁵⁷ and it is provided in certain other EU regulations as well.⁵⁸ The second solution (Article 24/I of Regulation 2016/1103) has been the subject of some criticism in theory as well. A spouse who wishes to malevolently dispute his or her consent to the choice-of-law agreement may intentionally change his or her residence so that at the time the court is seised it will apply the national law whose provisions regarding the validity of consent suits this spouse. There have therefore been suggestions that it may be more appropriate to instead examine the validity of consent at the time it was provided.⁵⁹ However, the court nevertheless determines in each specific case which circumstances must exist to conclude that the effects of such spousal action should be examined according to the selected law.

4.2. Change of a choice-of-law agreement

Spouses may subsequently dissolve or change a choice-of-law agreement due to a change in life circumstances. Even though Regulation 2016/1103 does not explicitly provide that, dissolution triggers a new choice-of-law procedure under Article 26 thereof. The Regulation also does not determine when or for what reason the agreement may be dissolved. The conclusion, then, is that the spouses may decide to change the applicable law before or when concluding the marriage, or during the marriage. They may decide that – notwithstanding their original choice of law and choice of connecting factor – what is important is that in making a new choice of law they use the connecting factors and consider the formal requirements as provided by Regulation 2016/1103; in author's opinion, in doing so they are not restricted by any specific conditions or requirements that national law may provide with regard to changes in the choice-of-law agreement. The newly chosen law applies as of the time the choice-of-law agreement is concluded; during the validity of the original agreement the matrimonial property is subject thereto, and before that it may fall under the law determined by Article 26 of Regulation 2016/1103. In practice, such cases will cause problems when different laws apply to matrimonial property in different time periods. This can be avoided with an agreement as to the *ex tunc* validity of the new choice-of-law agreement (application by analogy of Article 22/II).⁶⁰ Such an agreement may, however, cause problems in that it might affect rights acquired under one matrimonial property regime that a spouse would no longer have under the matrimonial property regime in the newly agreed upon applicable law. It is also necessary to be mindful of third parties, which enjoy protection under the above-mentioned Articles 22/I and 28/I.

57 Oprea, E. A., *op. cit.*, p. 590.

58 Cf. Article 3/V in conjunction with Article 10/I of Regulation Rome I, Article 6/I of Regulation Rome III, Article 22/III of Regulation 650/2012 on succession.

59 Oprea, E. A., *op. cit.*, p. 590.

60 For concerns about this, see Oprea, E. A., *op. cit.*, p. 594.

5. EXCLUSION OF RENVOI

In invoking foreign law, differences in conflict-of-law rules may create problems when conflict-of-law rules refer back or forward, whereupon one of the subsequent laws refers to a law that had already been considered. The question, then, is whether in the event of reference to the application of a foreign law such foreign law is used in its entirety – its conflict-of-law rules included – or whether only substantive law applies. The Slovenian ZMZPP and the now invalid Croatian ZRSZPDZ both include *renvoi* provisions.⁶¹ They both stipulate in their respective Article 6 that the conflict-of-law rules of the referenced national law must be applied. But if the referenced law refers back, the substantive provisions of the referenced law are directly applicable.⁶² The Croatian ZMPP, on the other hand, excludes *renvoi*,⁶³ just like Regulation 2016/1103. When Regulation 2016/1103 refers to the application of a national law (even of a state not participating in the enhanced cooperation or not a member of the EU – Article 20), this entails that the substantive law of such state must be applied, excluding the rules of private international law of that state (Article 32).⁶⁴ The only exceptions are the incompatibility of the law of the state with the public policy of the country in which the procedure is ongoing (Article 31) and explicit permission to apply the overriding mandatory provisions⁶⁵ of the law of the forum (Article 30).

6. IN PLACE OF A CONCLUSION

If the matrimonial property regime ultimately falls under the purview of Slovenian substantive law, it is necessary to keep in mind a new legal arrangement. As of 15 April 2019, matrimonial property is subject to the Family Code.⁶⁶ The legal arrangement⁶⁷ therein remains the same compared to the previous Marriage and Family Relations Act (*Zakon o zakonski zvezi in družinskih razmerjih*),⁶⁸ with one essential difference: (future) spouses (as well as cohabiting partners and registered or unregistered partners)

61 Similarly in Regulation 650/2012 – cf. Article 31.

62 For details, see Geč Korošec, M., *Mednarodno ...*, Prva ..., *cit.*, pp. 109 *et seq.*

63 It provides certain exemptions, but matrimonial property regimes are not one of them (Article 9 of the ZMPP).

64 The same in Regulation Rome III – cf. Article 11.

65 Recital 53 of Regulation 2016/1103 determines that mandatory provisions must be interpreted strictly so they remain compatible with the overriding goal of the Regulation. One such example is the protection of the family home, which enjoys special protection by the mandatory provisions of the state in which the procedure is ongoing (Recital 53). In Slovenian law, such a mandatory provision on the protection of the family home is provided by Article 59 of the Family Code. From Dougan, F., *Nova evropska pravila o pristojnosti, pravu, ki se uporablja, ter priznavanju in izvrševanju odločb na področju premoženjskih razmerij mednarodnih parov*, Ljubljana, Liber Amicorum APP, 2019, p. 243, and Novak, B., *Družinski zakonik z uvodnimi pojasnili*, Ljubljana, Uradni list, 2017, p. 72.

66 OG RS15/17 as amended.

67 The available legal arrangements are the community property regime for common property and the separate property regime for the personal property of each spouse (Article 66 of the Family Code).

68 OG SRS 15/76 as amended.

may conclude an agreement on matrimonial property⁶⁹ (the simpler yet not entirely correct terms “nuptial agreement”⁷⁰ and “prenuptial agreement” are commonly used in practice). In doing so, they may choose the law (including foreign law) applicable to their matrimonial property and settle all matrimonial property issues for the duration of their union and in the event of divorce.⁷¹ The spouses may thus partially or entirely circumvent the validity of the statutory matrimonial property regime and completely independently devise a matrimonial property regime applicable to them, whereby the Family Code does not describe or list possible matrimonial regimes.⁷² Such an agreement must be entered into a register. The legal arrangement,⁷³ and in particular the public nature of the information contained in such agreements, has, however, become a subject of public criticism and there are already discussions underway indicating that it may be changed.⁷⁴

BIBLIOGRAPHY

Books:

1. Geč Korošec, Miroslava, *Mednarodno zasebno pravo, Prva knjiga – splošni del*, Ljubljana, Uradni list Republike Slovenije, 2001.
2. Geč Korošec, Miroslava, *Mednarodno zasebno pravo, Druga knjiga – posebni del*, Ljubljana, Uradni list Republike Slovenije, 2002.
3. Ilešič, Marko, Polajnar Pavčnik, Ada, Wedam Lukić, Dragica, *Mednarodno zasebno pravo, komentar zakona*, Ljubljana, Uradni list Republike Slovenije, 1992.
4. Novak, Barbara, *Družinski zakonik z uvodnimi pojasnili*, Ljubljana, Uradni list Republike Slovenije, 2017.
5. Novak, Barbara (ed.), *Komentar Družinskega zakonika*, Ljubljana, Uradni list Republike Slovenije, 2019.
6. Scherpe, J. M. (ed.), *Marital Agreements and Private Autonomy in Comparative Perspective*, Oxford, Hart Publishing, 2012.

Articles:

1. Damascelli, Domenico, *Applicable law, jurisdiction, and recognition of decisions in matters relating to property regimes of spouses and partners in European and Italian private international law*, *Trusts & Trustees*, vol. 0, 0/2018, pp. 1-11.

69 On why the term is inappropriate, see Žnidaršič Skubic, V., *Pogodba o ureditvi premoženjskopравnih razmerij med zakoncema*, Ljubljana, *Podjetje in delo*, Vol. XLIV, 6-7(2018), pp. 920 and 921.

70 Žnidaršič Skubic, V. and Erjavec, N., in Novak, B. (ed.), *Komentar Družinskega zakonika*, Ljubljana, Uradni list Republike Slovenije, 2019, p. 261.

71 For details on the content of such an agreement, see Žnidaršič Skubic, V. and Erjavec, N., in Novak, B. (ed.), *Komentar ...*, *cit.*, pp. 263-265 and 273.

72 This is a subject of criticism in theory of law. See Žnidaršič Skubic, V., in Novak, B. (ed.), *Komentar ...*, *cit.*, p. 187 and Žnidaršič Skubic, V., *Pogodba o ureditvi premoženjskopравnih razmerij med zakoncema*, Ljubljana, *Podjetje in delo*, Vol. XLIV, 6-7(2018), pp. 925-926.

73 Comment by Žnidaršič Skubic, V. and Erjavec, N., in Novak, B. (ed.), *Komentar ...*, *cit.*, p. 267 and Podgoršek, B., in Novak, B. (ed.), *Komentar ...*, *cit.*, pp. 284-287 and 299.

74 E.g. <https://www.vecer.com/razgalili-pare-ki-so-sklenili-predporocno-pogodbo-10041102> (accessed 13 August 2019), <https://www.rtvlo.si/slovenija/zakaj-so-podatki-o-tem-kdo-jepodpisal-zenitno-pogodbo-javni/495241> (accessed 14 August 2019).

2. Dolžan, Judita, Uredbi (EU) glede premoženjskopравnih razmerij za mednarodne pare – kolizijska pravila, Ljubljana, Odvetnik, vol. 90, 2/2019, pp. 106-113.
3. Dougan, Filip, Nova evropska pravila o pristojnosti, pravu, ki se uporablja, ter priznavanju in izvrševanju odločb na področju premoženjskih razmerij mednarodnih parov, Liber Amicorum Dragica Wedam Lukić, Ljubljana, 2019, pp. 233-247.
4. Grieco, Cristina, The role of party autonomy under the regulations on matrimonial property regimes and property consequences of registered partnerships. Some remarks on the coordination between the legal regime established by the new regulations and other relevant instruments of European private international law, Madrid, Cuadernos de Derecho Transnacional, vol. 10, 2/2018, pp. 457-476.
5. Kunda, Ivana, Novi mednarodnoprivatnopravni okvir imovine bračnih i registriranih partnera u Europskoj uniji: polje primjene i nadležnost, Zagreb, Hrvatska pravna revija, vol. 19, 3/2019, pp. 27-36.
6. Poretti, Paula, Odlučivanje o imovinskim odnosima bračnih drugova u ostavinskim postupcima sukladno Uredbi 2016/1103 o bračnoimovinskom režimu, Rijeka, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 38, 1/2017, pp. 449-474.
7. Rademacher, Lukas, Changing the past: retroactive choice of law and the protection of third parties in the European regulations on patrimonial consequences of marriages and registered partnerships, Madrid, Cuadernos de Derecho Transnacional, vol. 10, 1/2018, pp. 7-18.
8. Rudolf, Claudia, Kolizijske norme Uredbe Sveta (EU) 2016/1104 za premoženjskopравne posledice registriranih partnerskih skupnosti, Liber Amicorum Ada Polajnar Pavčnik, Razsežnosti zasebnega prava, Ljubljana, pp. 265-279.
9. Rudolf, Claudia, Premoženjska razmerja med zakonci v mednarodnem zasebnem pravu, Ljubljana, Podjetje in delo, vol. XLIV, 6-7/2018, pp. 952-963.
10. Marino, Silvia, Strengthening the European civil judicial cooperation: the patrimonial effects of family relationships, Madrid, Cuadernos de Derecho Transnacional, vol. 9, 1/2017, pp. 265-284.
11. Oprea, Elena Alina, Party autonomy and the law applicable to the matrimonial property regimes in Europe, Madrid, Cuadernos de Derecho Transnacional, vol. 10, 2/2018, pp. 579-596.
12. Schulz, Rhona, Choice of law in relation to matrimonial property in the 21st Century, Journal of Private International Law, vol. 15, 1/2019, pp. 1-49.
13. Valentová, Lucia, Property regimes of spouses and partners in new EU Regulations – jurisdiction, prorogation and choice of law, De Gruyter, ICLR, vol. 16, 2/2016, pp. 221-240.
14. Žnidaršič Skubic, Viktorija, Pogodba o ureditvi premoženjskopравnih razmerij med zakoncema, Ljubljana, Podjetje in delo, vol. XLIV, 6-7/2018, pp. 917-928.

Internet sources:

1. Ruggeri, Lucia, Kunda, Ivana, Winkler, Sandra (eds.), *Family Property and Succession in EU Member States National Reports on the Collected Data*, <https://www.euro-family.eu/documenti/news/psefs_e_book_compressed.pdf> (1 August 2019)

National legal acts:

Croatia

1. Act Concerning the Resolution of Conflicts of Laws with the Provisions of Other Countries in Certain Matters (Zakon o rješavanju sukoba zakona s propisima drugih zemalja u određenim odnosima), OG Croatia 53/91 and 88/01.
2. Private International Law Act (Zakon o međunarodnom privatnom pravu), OG Croatia 101/17.

Slovenia

1. Act Concerning the Resolution of Conflicts of Laws with the Provisions of Other Countries in Certain Matters (Zakon o ureditvi kolizije zakonov s predpisi drugih držav v določenih razmerjih), OG SFRJ 43-525/82 as amended.
2. Family Code (Družinski zakonik), OG RS 15/17 as amended.
3. Marriage and Family Relations Act (Zakon o zakonski zvezi in družinskih razmerjih), OG SRS 15/76 as amended.
4. Private International Law and Procedure Act (Zakon o mednarodnem zasebnem pravu in postopku), OG RS 56/99 as amended.

International legal acts:

1. Corrigendum to Council Regulation (EU) 2016/1103 of 24 June 2016 implementing enhanced cooperation in the area of jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of matrimonial property regimes OJ EU L 183 of 8 July 2016.
2. Council Decision (EU) 2016/954, OJ L 159/16 of 16 June 2016.
3. Council Regulation (EU) 2016/1104 of 24 June 2016 implementing enhanced cooperation in the area of jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of the property consequences of registered partnerships, OJ EU L 183 of 8 July 2016.
4. Council Regulation (EU) 2016/1103 of 24 June 2016 implementing enhanced cooperation in the area of jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of matrimonial property regimes, OJ EU L 183 of 8 July 2016.
5. Council Regulation (EU) No. 1259/2010 of 20 December 2010 implementing enhanced cooperation in the area of the law applicable to divorce and legal separation (Regulation Rome III), OJ L 343/10 of 29 December 2010.
6. Regulation (EC) No. 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Regulation Rome I), OJ L 177 of 4 July 2008.
7. Regulation (EU) No 650/2012 of the European Parliament and of the Council of 4 July 2012 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and acceptance and enforcement of authentic instruments in matters of succession and on the creation of a European Certificate of Succession, OJ L 201 z dne 27. julija 2012.
8. Regulation (EC) No. 1896/2006 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 creating a European order for payment procedure, OJ EU L 399 of 30 December 2006.

Case law:

1. C-168/08 of 16 July 2009, Laszlo Hadadi (Hadady) v. Csilla Marta Mesko, épouse Hadadi (Hadady).
2. C-369/90 of 7 July 1992, Mario Vicente Micheletti and others v. Delegación del Gobierno en Cantabria.
3. C-148/02 of 2 October 2003, Carlos Garcia Avello v. Belgian State.

Neža Pogorelčnik Vogrinc*

Sažetak

**MJERODAVNO PRAVO U BRAČNOIMOVINSKIM
SPOROVIMA**

Ovaj članak predstavlja mjerodavno pravo utvrđeno u Uredbi Vijeća (EU) 2016/1103 od 24. lipnja 2016. o provedbi pojačane suradnje u području nadležnosti, mjerodavnog prava te priznavanja i izvršenja odluka u stvarima bračnoimovinskih režima. Dolazi se do zaključka da je nova europska Uredba olakšala bračnim drugovima određenje mjerodavnog prava te se vrednuje primjerenost povezujućih čimbenika predviđenih u Uredbi. Rad dovodi u pitanje te povezujuće čimbenike u trenutku zaključenja braka i pretpostavlja da ih je teško isključiti u izvanrednim okolnostima. Ti se čimbenici uspoređuju s onima iz teorije slovenskog i hrvatskog međunarodnog privatnog prava, a u radu se nude praktični primjeri za razlike proizašle iz novog europskog uređenja. U radu se nadalje istražuje hipoteza da će mogućnost sporazuma o izboru mjerodavnog prava u praksi prouzročiti probleme te se za to nude moguća rješenja. U cijelom se radu uspoređuje sustav uveden Uredbom Vijeća (EU) 2016/1103 s drugim europskim uredbama i relevantnom sudskom praksom Suda Europske unije, ali se autorica ponajviše usredotočuje na promjene koje je navedena Uredba donijela u slovensko i hrvatsko pravo.

Ključne riječi: *bračnoimovinski režim; mjerodavno pravo; Uredba (EU) 2016/1103; međunarodno privatno pravo; sporazum o izboru mjerodavnog prava.*

Zusammenfassung

**ANZUWENDENDES RECHT BEI STREITIGKEITEN ÜBER
DEN EHELICHEN GÜTERSTAND**

Dieser Beitrag stellt das in der Verordnung (EU) 2016/1103 des Rates vom 24. Juni 2016 zur Durchführung einer Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich der Zuständigkeit, des anzuwendenden Rechts und der Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Fragen des ehelichen Güterstands festgelegte anzuwendende Recht dar. Man kommt zu der Schlussfolgerung, dass die neue EU-Regelung es den Ehepartnern erleichtert hat, das anzuwendende Recht zu bestimmen, und bewertet die

* Dr. sc. Neža Pogorelčnik Vogrinc, docentica, Pravni fakultet Sveučilišta u Ljubljani; neza.pogorelcnik@pf.uni-lj.si.

Eignung der in der Verordnung (EU) 2016/1103 vorgesehenen Anknüpfungspunkte. Der Beitrag stellt diese Anknüpfungspunkte zum Zeitpunkt des Abschlusses der Ehe in Frage und geht davon aus, dass deren Ausschließen unter außergewöhnlichen Umständen schwer zu erreichen ist. Der Beitrag vergleicht diese Anknüpfungspunkte mit denen, die in der Theorie des slowenischen und des kroatischen internationalen Privatrechts angeboten werden, und liefert praktische Beispiele für die Unterschiede, die sich aus der neuen europäischen Regelung ergeben. Der Beitrag untersucht ferner die Hypothese, dass die Möglichkeit der Rechtswahlvereinbarung in der Praxis viele Probleme bereiten wird, und stellt dafür mögliche Lösungen dar. Im gesamten Beitrag wird das mit der Verordnung (EU) 2016/1103 eingeführte System mit anderen europäischen Verordnungen und der einschlägigen Rechtsprechung des EuGH verglichen. Die Autorin konzentriert sich jedoch hauptsächlich auf die Änderungen der slowenischen und kroatischen Rechtsprechung, die durch die Anwendung der Verordnung (EU) 2016/1103 verursacht wurden.

Schlüsselwörter: *ehelicher Güterstand; anzuwendendes Recht; Verordnung (EU) 2016/1103; internationales Privatrecht; Rechtswahlvereinbarung.*

Riassunto

LA LEGGE APPLICABILE NELLE DISPUTE RIGUARDANTI IL REGIME PATRIMONIALE TRA CONIUGI

Nel lavoro si presenta la disciplina concernente la legge applicabile come dettata dal Regolamento (UE) 2016/1103 del Consiglio, del 24 giugno 2016, che attua la cooperazione rafforzata nel settore della competenza, della legge applicabile, del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni in materia di regimi patrimoniali tra coniugi. Se ne ricava che le nuove soluzioni europee hanno reso per i coniugi più semplice determinare la legge applicabile. Nel lavoro si valuta altresì la sostenibilità dei criteri di collegamento offerti dal Regolamento 2016/1103. Inoltre mediante l'indagine condotta si tenta la disamina di criteri di collegamento, quali il tempo di conclusione del matrimonio e si conclude come la loro esclusione in circostanze eccezionali sia difficile da realizzare. Nel contributo si paragonano altresì i criteri di collegamento con quelli previsti dal diritto internazionale privato sloveno e da quello croato nella teoria; inoltre, si offrono esempi pratici delle differenze risultanti dalle nuove soluzioni prospettate sul piano europeo. Nel prosieguo si disamina l'ipotesi che la possibilità di accordo circa la scelta della legge applicabile potrebbe causare molte questioni nella prassi e si offrono possibili soluzioni. Nel corso dell'indagine condotta il sistema fissato dal Regolamento 2016/1103 viene comparato con altri regolamenti, come anche con la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'UE; benché l'autore in

primo luogo si concentra sui cambiamenti nella giurisprudenza slovena ed in quella croata occorsi con l'entrata in vigore del Regolamento 2016/1103.

Parole chiave: *regime patrimoniale tra coniugi; legge applicabile; Regolamento 2016/1103; diritto internazionale privato; accordo sulla legge applicabile.*

UGOVORNI ODNOSI U VEZI S PRIVREMENIM AGENCIJSKIM RADOM

Prof. dr. Darja Senčur Peček*
Izv. prof. dr. sc. Sandra Laleta**
Karla Kotulovski, univ. spec. crim.***

UDK: 331.53
<https://doi.org/10.30925/zpfsr.40.3.6>
Ur.: 22. ožujka 2019.
Pr.: 13. srpnja 2019.
Pregledni rad

Sažetak

U radu se obrađuju ugovorni odnosi u vezi s privremenim agencijskim radom, i to posebnosti ugovora o radu između agencije (kao poslodavca) i radnika, ugovorni odnos između agencije i korisnika te faktični odnos između korisnika i agencijskih radnika. Ti su ugovorni odnosi analizirani s aspekta hrvatskoga i slovenskog radnog prava, prava EU-a i dobre prakse nekoliko europskih država.

Ključne riječi: *privremeni agencijski rad; ugovor o radu; ugovor o ustupanju radnika; Hrvatska; Slovenija; pravo Europske unije; usporedno pravo*

1. OPĆENITO O AGENCIJSKOM RADU

Rad putem agencija za privremeno zapošljavanje jest trostrani pravni odnos. S jedne strane, postoji ugovor o radu između agencijskog radnika i agencije za privremeno zapošljavanje (u daljnjem tekstu: agencija). S druge strane, agencija i poduzeće - korisnik (u daljnjem tekstu: korisnik) sklapaju ugovor o ustupanju na temelju kojeg korisnik može koristiti rad radnika tijekom trajanja ustupanja. I na koncu, između radnika i korisnika postoji i pravni odnos koji se ne temelji na ugovoru. Jedini je formalni poslodavac radniku agencija s kojom je sklopio ugovor o radu. U tom smislu ne postoji dvostruki ugovor o radu.¹

Poslodavci se često odlučuju na korištenje agencijskog rada kako bi smanjili

* Dr. Darja Senčur Peček, redovita profesorica, Sveučilište u Mariboru, Pravni fakultet, Slovenija; darja.sencur-pecek@um.si.

** Dr. sc. Sandra Laleta, izvanredna profesorica, Sveučilište u Rijeci, Pravni fakultet; sandra.laleta@pravri.hr.

*** Karla Kotulovski, univ. spec. crim., asistentica, Sveučilište u Rijeci, Pravni fakultet; kkotulovs@pravri.hr.

Ovaj je rad izrađen uz potporu projekta Sveučilišta u Rijeci "Pravni aspekti restrukturiranja trgovačkih društava i tranzicija prema novoj kulturi korporativnog upravljanja" (unirdrustv-18-43).

1 Waas, B., *Reconsidering the Notion of 'Employer' in the Era of the Fissured Workplace in Germany*, u: *The Notion of Employer in the Era of the Fissured Workplace* (ur. Blanpain/Hendrickx), Alphen an den Rijn, Wolters Kluwer, 2017., str. 120 i d.

troškove rada i osigurali veću fleksibilnost pri organizaciji rada. Razlozi korištenja agencijskog rada ponajprije su obavljanje radnih zadataka koji zahtijevaju posebno znanje, zamjena privremeno odsutnog stalnog radnika i slično. Agencijski rad važan je element fleksibilnosti jer omogućuje poslodavcima niže socijalne troškove (zbog niže razine plaća, fleksibilne organizacije radnog vremena itd.) i prilagodbu fluktuacijama radne snage.² Sve su to značajke fleksibilnosti. Ali koncept fleksibilnosti pored fleksibilnosti na strani poduzeća uključuje i zaštitu za radnike. To vrijedi i za agencijski rad.³ Posljednjih desetak godina ovaj nestandardni oblik rada pokazuje tendenciju brzog rasta u državama članicama EU-a. Točne statističke podatke teško je dati zbog složenosti njegove analize. Agencijski rad preživio je „šokove“ tržišta rada izazvane recentnom ekonomskom krizom te se kao opći oblik zapošljavanja razvija upravo zbog promjena na tom tržištu.⁴ Kao agencijski radnici najčešće se zapošljavaju mlađi radnici, oni s nižim kvalifikacijama i muškarci.⁵ Agencijski rad često je povezan s visokom stopom nezgoda na radu, gubitkom vještina, nižim plaćama, fragmentiranim, isprekidanim odnosima zaposlenja pa položaj ovih radnika zaslužuje pažnju nacionalnih zakonodavaca u Europi.⁶ Iako pomaže nezaposlenima uključiti se u tržište rada, nema dokaza da je agencijski rad prvi korak u redoviti radni odnos.

U Hrvatskoj je trenutačno registrirano 187 agencija,⁷ dok ih je u 2014. bilo tek 45. Zastupljenost ovog oblika zapošljavanja u ukupnoj zaposlenosti iznosi 0,7 % (europski je prosjek 1,9 %).⁸ Udjel agencijskog rada stagnira od 2013. godine, a postotak agencijskih radnika jednak je za muškarce i žene (0,7 %).⁹ U Sloveniji je registrirano 180 domaćih agencija,¹⁰ a u evidenciji pri Ministarstvu za rad upisano pet stranih agencija.¹¹ Iako nema službenih podataka o opsegu agencijskog rada, različite

- 2 ILO, Report on temporary employment agencies and temporary agency work, Geneva, International Labour Office, 2016. (dalje: ILO Report 2016), str. 25.
- 3 Vidi Krüger, L., Temporary agency workers work "temporarily", a European and German interpretation of the notion "temporarily", European Labour Law Journal, 4/2016, str. 577, 578.
- 4 ILO Report 2016, op. cit., str. 10-12, 23.
- 5 Vidi zadnje podatke: https://ec.europa.eu/statistics-explained/index.php/Employment_statistics#Temporary_employment_agency_workers, 15.1.2019. Voss, E. et al., The Role of Temporary Agency Work and Labour Market Transitions in Europe: Final Report for the Joint Eurociett, Hamburg, 2013., str. 8.
- 6 Eurofound, Aspects of non-standard employment in Europe, Luxembourg, Publications Office of the European Union, str. 8 (dalje: Eurofound (2017)).
- 7 Ministarstvo rada i mirovinskoga sustava, Izvješće o agencijskom radu za 2018. g. pdf (12.5.2019.), str. 2.
- 8 Sigurnost na radu ustupljenih radnika, <<https://www.hup.hr/sigurnost-na-rad-u-ustupljenih-radnika.aspx>>, 25.1.2019.
- 9 Employment statistics, <https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Employment_statistics#Temporary_employment_agency_workers> 25.1.2019.
- 10 Registar domaćih fizičkih i pravnih osoba za obavljanje djelatnosti osiguravanja rada radnika korisniku, <http://www.mdds.gov.si/si/delovna_podrocja/delovna_razmerja_in_pravice_iz_dela/delovna_razmerja/zagotavljanja_dela_delavcev_uporabniku/>, stanje na dan 4.2.2019.
- 11 Evidencija stranih fizičkih i pravnih osoba za obavljanje djelatnosti osiguravanja rada radnika korisniku pri Ministarstvu za rad, obitelj, socijalne poslove i jednake mogućnosti, vidi mrežnu stranicu u bilj. 12, stanje 4.2.2019.

studije¹² govore o njegovu znatnom povećanju. To potvrđuje najnovija statistika, prema kojoj je 2017. godine udjel osoba koje rade putem agencija bio veći od prosjeka EU-a (koji za muškarce iznosi 2,3 %, a za žene 1,5 %), i to 4,2 % za muškarce i 5,6 % za žene (time su Slovenija i Nizozemska na prvom mjestu).¹³

Agencijski je rad jedan od najnesigurnijih ugovornih oblika rada i glavna ugovorna inovacija na tržištu rada, prije pojave digitalnog rada putem platformi.¹⁴ Razvio se u praksi nekih europskih država i upotrebljavao vrlo različito. Tek prije desetak godina dolazi do unifikacije minimalnih standarda zaštite radnika i uvođenja načela jednakoga postupanja na razini EU-a.

2. DIREKTIVA BR. 2008/104/EZ O RADU PUTEM AGENCIJA ZA PRIVREMENO ZAPOSŁJAVANJE

Agencijski rad uređuje Direktiva br. 2008/104/EZ.¹⁵ Svrha je zaštita agencijskih radnika i unaprjeđenje kvalitete rada putem agencija za privremeno zapošljavanje osiguravanjem primjene načela jednakog postupanja prema agencijskim radnicima i priznavanjem statusa poslodavca ovim agencijama, kako bi se stvorio prikladan okvir za korištenje agencijskog rada u cilju stvaranja radnih mjesta i razvoja fleksibilnih oblika rada.

Direktiva utvrđuje načelo jednakog postupanja prema agencijskom radniku u poduzeću korisniku u vezi s „temeljnim uvjetima rada i zaposlenja agencijskog radnika“; unaprjeđuje pristup agencijskih radnika stalnom zaposlenju, pogodnostima i kolektivnim prostorima poduzeća korisnika te obrazovanju i uređuje predstavljanje agencijskih radnika. Načelo jednakog postupanja, temeljno načelo Direktive, jedan je od najvažnijih elemenata zaštite ustupljenih radnika. Direktiva dopušta i njegove iznimke uz ispunjavanje strogih uvjeta: u čl. 5(2) u odnosu na plaću, za agencijske radnike zaposlene na neodređeno vrijeme, koji primaju plaću između dva ustupanja; čl. 5(3), o „kolektivnom *opt-outu*“, tj. mogućnosti da socijalni partneri zadrže ili sklope kolektivne ugovore kojima se utvrđuju drukčiji uvjeti rada i zaposlenja agencijskih radnika, uz poštovanje „opće zaštite agencijskih radnika“ i čl. 5(4), prema kojem države članice koje ne poznaju univerzalno primjenjive kolektivne ugovore ili institut proširenja kolektivnih ugovora, nakon savjetovanja sa socijalnim partnerima mogu odstupiti od jednakog postupanja, primjerice uvođenjem kvalificirajućeg razdoblja,

12 Vodopivec, M., *et al.*, Equity Effects Of The New Law On Labour Relations In Slovenia, <http://www.mddsz.gov.si/fileadmin/mddsz.gov.si/pageuploads/dokumenti__pdf/zaposlovanje/Razvoj_strategij_reform_na_podrocju_socialnih_politik_v_Sloveniji/WP_2_Equity_and_Productivity_Effects_Part_I.pdf> (4.2.2019.); dokument Ministrstva za delo, »Za dostojno delo«, marec 2016.

13 Eurostat, Statistics Explained, Temporary employment agency workers by sex, 2017, <https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Employment_statistics#Temporary_employment_agency_workers>, 20.1.2019.

14 Eurofound (2017), *op. cit.*, str. 7.

15 Directive 2008/104/EC of the European Parliament and of the Council of 19 November 2008 on temporary agency work, SL 327, 5.12.2008, str. 9–14 (ELI: <http://data.europa.eu/eli/dir/2008/104/oj>), u daljnjem tekstu: Direktiva.

uz uvjet da se agencijskim radnicima zajamči „primjerena razina zaštite“. Većina država članica nije iskoristila navedene mogućnosti odstupanja.¹⁶ Prema čl. 5(5) države članice obvezatne su usvojiti prikladne mjere za sprječavanje „zloupotrebe u primjeni“ odredbi o derogacijama načela jednakog postupanja. Posebne se mjere odnose na sprječavanje uzastopnog ustupanja radnika čija je svrha zaobilaženje odredbi Direktive, kao primjerice u sustavima koji prihvaćaju „kvalificirajuće razdoblje“. Države su članice dužne preispitati ograničenja ili zabrane agencijskog rada i utvrditi mogu li one biti opravdane razlozima „općeg interesa“ (čl. 4(2)).¹⁷ Riječ je o direktivi „minimalne harmonizacije“, a države članice mogu donijeti pravila (uključujući i kolektivnim ugovorima) povoljnija za radnike (čl. 9(1)). Prema *non-regression* klauzuli (iz čl. 9(2)), implementacija Direktive nije opravdani razlog za smanjenje opće razine zaštite radnika u području koje uređuje. Države su različito uredile agencijski rad kao rezultat spomenute naravi Direktive te činjenice da su neke nastojale ovaj oblik zapošljavanja urediti, katkad vrlo restriktivno, prije njezinog stupanja na snagu. No, brojne su i sličnosti.¹⁸

U Hrvatskoj je agencijski rad uređen Zakonom o radu (ZR).¹⁹ Od uvođenja 2003. godine institut je doživio promjene, tj. liberalizaciju korištenja tog oblika rada, u cilju poticanja fleksibilnih oblika zapošljavanja.²⁰ Među najvažnijim promjenama produljenje je najdužega razdoblja ustupanja radnika te propisivanje prava na naknadu plaće dok nije ustupljen korisniku samo za agencijskog radnika koji s agencijom ima ugovor o radu na neodređeno vrijeme. Argumentacija da se time željelo potaknuti agencije da ove radnike zapošljavaju na neodređeno vrijeme²¹ protivna je činjenici da u praksi prevladavaju ugovori na određeno vrijeme jer agencije žele što manje obveza i troškova u vezi s agencijskim radnicima.

Slovenija uređuje odnose u vezi s agencijskim radom Zakonom o uređenju tržišta rada (ZUTD),²² Zakonom o radnim odnosima (ZDR-1)²³ i Zakonom o sigurnosti i zdravlju na radu (ZVZD-1).²⁴ Zakonsko uređenje više je puta mijenjano i dopunjeno radi implementacije Direktive,²⁵ ali i osiguranja solidnosti agencija, primjerenijeg uređenja radno-pravnog položaja radnika u agenciji te poboljšanja položaja radnika

16 European Commission, Report from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on the application of Directive 2008/104/EC on temporary agency work, Brussels, 21.3.2014 COM (2014) 176 final (dalje: EC Report 2014), str. 6.

17 Vidi *infra* pogl. 4.2.

18 ILO Report 2016, op. cit., str. 11.

19 Narodne novine (u daljnjem tekstu: NN), br. 94/2014, 127/2017.

20 Vidi obrazloženje u Konačnom Prijedlogu Zakona o radu, str. 93. <https://www.sabor.hr/sites/default/files/uploads/sabor/2019-01-18/080714/PZE_606.pdf>, 15.1.2019.

21 Konačni Prijedlog, op. cit., str. 98.

22 Uradni list RS, br. 80/2010, 40/2012 – ZUJF, 21/2013, 63/2013, 100/2013, 32/2014 – ZPDZC-1, 47/2015 – ZZSDT, 55/2017.

23 Uradni list RS, br. 21/2013, 78/2013 – popr., 47/2015 – ZZSDT, 33/2016 – PZ-F, 52/2016, 15/2017 – odl. US.

24 Uradni list RS, br. 43/2011.

25 Više o tome: Končar, P., Ureditev zagotavljanja začasnega dela in vpliv Direktive 2008/104/ES, Delavci in delodajalci, 2-3/2012, str. 143-158.

kod korisnika (takoder i većom odgovornosti korisnika) te kako bi se, pored toga, spriječilo da ustupanje radnika istisne ugovore o radu.²⁶

3. SPECIFIČNOSTI UGOVORA O RADU IZMEĐU AGENCIJE I RADNIKA

Agencija i radnik sklapaju ugovor o radu, koji spada u atipične ugovore o radu.²⁷ Posebnosti tog ugovora odnose se na sâmo određenje poslodavca (agencije), trajanje ugovora, mogućnosti njegova prestanka, a ponajprije na odnos između agencije i radnika. One proizlaze iz činjenice da radnik ne obavlja rad prema uputama poslodavca, nego onoga tko je u određenom trenutku korisnik, zbog čega se obveze poslodavca dijele između agencije i korisnika. Radni odnos između agencije i radnika tek je jedan od tri odnosa važna za privremeni agencijski rad. Agencija je u poslovnom odnosu s korisnikom, od kojega prima naknadu za obavljanje uslugu, dok korisnik i agencijski radnik nisu u formalnom ugovornom odnosu.

3.1. Tko može biti poslodavac?

Kao stranka ugovora o radu na strani poslodavca pojavljuje se agencija za privremeno zapošljavanje, koju čl. 3(1)(b) Direktive definira kao svaku fizičku ili pravnu osobu koja, u skladu s nacionalnim pravom, zaključuje ugovor o radu ili radni odnos s agencijskim radnikom kako bi ga ustupila poduzećima korisnicima radi privremenog obavljanja rada pod njihovim nadzorom i uputama. U područje primjene Direktive ne ulaze poduzeća za zapošljavanje koja djeluju kao posrednici između radnika ili samozaposlenih osoba i poduzeća koja ih žele zaposliti na temelju dvostranog ugovora o radu ili ugovora o djelu.²⁸ Agencijski radnik je „radnik koji ima ugovor o radu ili radni odnos s agencijom za privremeno zapošljavanje u cilju da bude ustupljen poduzeću korisniku radi privremenog obavljanja rada pod njegovim nadzorom i uputama“ (čl. 3(1)(c)).²⁹ Iako su ograničenja ili zabrane agencijskog rada koje mogu utvrditi države članice dopuštene samo ako se temelje na općem interesu (čl.

26 Vidi i Kresal, B., *Pravna vprašanja nove ureditve zaposlitve za določen čas in agencijskega dela, Delavci in delodajalci*, 2-3/2013, str. 184-191, Senčur Peček, D., *Spremembe in novosti, ki jih prinaša ZDR-1, Podjetje in delo*, 3-4/2013, str. 414-445.

27 Pogl. 10. ZDR-1 uređuje posebnosti ugovora o radu, kao i ZR, u Glavi II., dijelu 6. Privremeno zapošljavanje.

28 Schlachter, M., *Transnational Temporary Agency Work: How Much Equality Does the Equal Treatment Principle Provide?*, *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, br. 2/2012, str. 180.

29 Nejasno je primjenjuje li se Direktiva na agencijske radnike ustupljene poduzeću korisniku kako bi trajno obavljali rad. Sudska praksa u nekim državama upućuje na to da ustupanje na neodređeno vrijeme ne ulazi u područje primjene Direktive. Predmet *Moran v. Ideal Cleaning Services Ltd.* (Appeal No. UKEAT/0274/13/DM), Ujedinjeno Kraljevstvo; *BBG Beschluss v. 10. Juli 2013 - 7 ABR 91/11*, Njemačka; *European Commission, Report, Transposition of Directive 2008/104/EC on temporary agency work*, August 2011, str. 14.). Može se zaključiti da je riječ o trajnom ustupanju radi zloupotrebe instituta agencijskog rada te je korisnik pravi poslodavac.

4(1)), uvjeti za rad agencija prepušteni su u potpunosti nacionalnom zakonodavstvu pa je država slobodna utvrditi uvjete za registraciju, izdavanje odobrenja, financijska jamstva i nadzor nad tim agencijama za zapošljavanje (čl. 4(4)).

Prema ZR-u agencija mora biti registrirana i upisana u evidenciju ministarstva nadležnog za rad. Iz popisa je agencija vidljivo da ih je najviše registrirano kao društvo s ograničenom odgovornošću, slijede jednostavno društvo s ograničenom odgovornošću te obrt. Pisanoj prijavi u evidenciju prilaže se dokaz o registraciji agencije. Prije upisa u evidenciju agencija ne može obavljati poslove ustupanja (čl. 44. st. 3. i 5.). Za njihovo obavljanje ne mora imati dozvolu za rad, za razliku od posredovanja kada joj je takva dozvola potrebna.

U Njemačkoj agencija može obavljati djelatnost ustupanja radnika samo uz dozvolu javne službe za zapošljavanje (čl. 1(1)1 Zakona o ustupanju radnika)³⁰ i ako između agencije i radnika postoji radni odnos. Agencija treba posebnu dozvolu za skoro svako ustupanje radnika, ono komercijalno, ali i za obavljanje rada „u okviru ekonomskih aktivnosti poslodavca“.

U Sloveniji djelatnost ustupanja radnika korisnicima obavljaju one fizičke i pravne osobe koje dobiju dozvolu i upisane su u poseban registar ili evidenciju pri ministarstvu za rad.³¹ Ono izdaje dozvolu ako pravna ili fizička osoba ispunjava uvjete iz čl. 164. ZUTD-a, konkretnije uređene posebnim pravilnikom.³² Promjenama iz 2014., pored općih zahtjeva,³³ određeni su i uvjeti kojima se želi spriječiti zloupotrebe, koje su se događale u praksi. Među njima je odredba prema kojoj pravna ili fizička osoba može djelatnost ustupanja radnika obavljati samo ako u zadnje dvije godine nije kažnjena zbog kršenja radno-pravnih propisa, nije imala nepodmirenih obveza prema radnicima i nije bila na listi poreznih neplatiša. Određena je i obveza registracije djelatnosti ustupanja radnika kao glavne djelatnosti³⁴ i polaganje bankarske garancije u iznosu od 30.000 eura.

3.2. Trajanje ugovora o radu

Pojam privremenog agencijskog radnika (engl. *temporary agency worker*) u smislu čl. 3(1)(c) Direktive obuhvaća radnike čije ugovorne obveze nisu ograničene samo na rad kod pojedinačnog korisnika, već omogućavaju i njihovo zaposlenje u agenciji između ustupanja. Radni odnos između agencije i radnika može biti na određeno ili neodređeno vrijeme.³⁵

Nacionalna uređenja država članica EU-a u odnosu na vrstu ugovora o radu (između agencije i agencijskog radnika) s obzirom na njegovo trajanje uvelike se

30 Gesetz zur Regelung der Arbeitnehmerüberlassung, z. g. durch Gesetz v. 21.02.2017 (BGBl. I S. 258), dalje AÜG.

31 Vidi čl. 168. i 169. ZUTD-a.

32 Pravilnik za obavljanje djelatnosti osiguravanja rada radnika korisniku, UL RS, br. 15/2014, 38/2015 i 90/2015.

33 Odnose se na: kadrovske, organizacijske i prostorne uvjete.

34 Djelatnost ustupanja radnika korisniku ne može se obavljati kao sporedna (pored drugih, glavnih djelatnosti).

35 Vidi Schlachter, M., *Transnational*, op. cit., str. 180.

razlikuju (vidi i *infra*, pogl. 5.). U jednoj skupini država agencija i radnik moraju sklopiti ugovor o radu na određeno vrijeme. Argument za to je svrha agencijskog rada koji treba služiti samo za zadovoljavanje privremenih potreba korisnika za radnicima, što se mora odražavati i u radnom odnosu između agencijskog radnika i agencije. Iako takav sustav imaju Belgija i Francuska, nedavnim su reformama omogućile zapošljavanje agencijskih radnika na neodređeno vrijeme, priključivši se brojnijoj skupini zemalja s, tzv. hibridnim modelom. Prema ovom modelu ugovori o radu između agencije i radnika mogu biti sklopljeni na određeno ili neodređeno vrijeme. Unutar modela postoje znatne razlike pa je, primjerice, u Švedskoj sklapanje ugovora o radu na neodređeno vrijeme pravilo, dok su u Ujedinjenom Kraljevstvu češći ugovori na određeno vrijeme.³⁶

Prema čl. 46. ZR-a ugovor o radu (za privremeno obavljanje poslova) između agencije i radnika može se sklopiti na neodređeno i određeno vrijeme. U Hrvatskoj je raširena praksa zapošljavanja agencijskih radnika na određeno vrijeme,³⁷ kao posljedica regulative koja agencijama nameće obveze vezano za plaćanje agencijskih radnika. One su ublažene novim ZR-om. Naime, prema ZR (2009.)³⁸ svaki je agencijski radnik, zaposlen na neodređeno ili određeno vrijeme, za razdoblje kada nije bio ustupljen korisniku imao pravo na naknadu plaće, u visini plaće koja mu je isplaćena u prethodna tri mjeseca.³⁹ Sada je agencija obvezna isplatiti naknadu plaće za vrijeme dok nije ustupljen korisniku samo radniku zaposlenom na neodređeno vrijeme.⁴⁰

I u Sloveniji su se ugovori o radu između agencija i radnika sklapali uglavnom na određeno vrijeme, u pravilu jednako vremenu ustupanja radnika korisniku.⁴¹ Radi sprječavanja takve prakse ZDR-1 izričito određuje da se ugovor o radu između agencije i radnika u pravilu sklapa na neodređeno vrijeme (čl. 60. st. 1). Rad na određeno vrijeme dopušten je samo ako kod korisnika postoji neki od općih zakonskih razloga za sklapanje ugovora na određeno vrijeme⁴² i u sklopu zakonskih vremenskih ograničenja.⁴³ Korisnik je odgovoran i za pravilno izvješćivanje agencije o tim

36 ILO Report 2016, op. cit., str. 38-39.

37 Novaković, N. u: Detaljni komentar, op. cit., str. 244. Prema Izvješću (v. bilj. 7) od ukupno 27.095 sklopljenih ugovora o radu, 26.434 bilo je na određeno vrijeme. Više od 21 % radnika imalo je ugovore o radu koji su trajali duže od 12 mjeseci. Prosječno trajanje svih ugovora na određeno vrijeme iznosilo je šest mjeseci i jedan dan, a 95 % radnika radilo je puno radno vrijeme (str. 8, 10).

38 Zakon o radu, NN, br. 149/2009, 61/2011, 82/2012, 73/2013, 93/2014.

39 Čl. 26. st. 3. ZR, u vezi s čl. 87. st. 5. ZR (2009).

40 Čl. 46. st. 3. I dalje je teret za poslodavca odredba prema kojoj prestanak potrebe za ustupljenim radnikom kod korisnika prije isteka razdoblja za koje je radnik ustupljen ne može biti razlog za otkaz ugovora o radu (čl. 47. st. 4.).

41 Iako je i prema ranijem zakonodavstvu vrijedilo opće načelo (korišteno i kod agencijskog rada), da se ugovor o radu u pravilu sklapa na neodređeno vrijeme, a na određeno samo iznimno. Komentar ZDR-1 (2016.), str. 345.

42 Razlozi određeni u čl. 54. ZDR-1 (privremeno povećanje opsega posla, zamjena odsutnog radnika, projekt itd.).

43 U pravilu se ugovor na određeno vrijeme može sklopiti najdulje na dvije godine, a dulje je trajanje dopušteno samo u zakonom izričito određenim slučajevima (npr. radi zamjene odsutnog radnika, projekta itd.), čl. 55. ZDR-1.

podatcima. Ako se ugovor o radu na određeno vrijeme sklopi protivno zakonskim pravilima, dolazi do transformacije ovog ugovora u ugovor o radu na neodređeno vrijeme.⁴⁴ ZDR-1 potiče sklapanje ugovora o radu na neodređeno vrijeme i time što kod takvih ugovora određuje bitno nižu naknadu radniku između ustupanja (kao u slučaju ugovora na određeno vrijeme), a prije svega odredbom da se radnici zaposleni kod agencije na neodređeno vrijeme ne uračunavaju u kvotu dopuštenog opsega agencijskog rada kod korisnika. Po nekim ocjenama ponajprije je ta zadnja iznimka utjecala na porast udjela ugovora na neodređeno vrijeme s agencijskim radnicima (u 2016. iznosio je čak 43,2 %).⁴⁵

U Francuskoj se agencijski rad može koristiti, u pravilu, samo za privremenu potrebu korisnika za radnicima. *Code du travail* (CT) uređuje dvije vrste ugovora o radu između agencije i radnika. Prvi je ugovor o radu na određeno vrijeme za obavljanje točno određenog i privremenog zadatka (misije).⁴⁶ Predmet tog ugovora niti njegov učinak ne smije biti omogućiti trajno zaposlenje vezano za redovite i trajne aktivnosti korisnika. U ugovoru o radu mora se odrediti rok, kojim se precizira i ugovor o ustupanju (trajanje ugovora o radu i ustupanja moraju se stvarno poklapati).⁴⁷ Granskim kolektivnim ugovorom koji vrijedi kod korisnika može se utvrditi najduže (ukupno) trajanje ugovora o radu s agencijskim radnikom, koje također ne smije omogućiti njegovo trajno zaposlenje za obavljanje redovite i trajne aktivnosti poduzeća. Ako kolektivni ugovor ne uređuje najduže trajanje, prema CT-u ugovor o radu može trajati najduže 18 mjeseci, a u to se uračunavaju i sve obnove ugovora o radu.⁴⁸ Nova je vrsta ugovor o radu na neodređeno privremeno vrijeme.⁴⁹ Sklapaju ga agencija i radnik za obavljanje sukcesivnih ustupanja, čije je trajanje ograničeno na najduže 36 mjeseci.⁵⁰

3.3. Posebnosti ugovora o radu te prava i obveza poslodavca (agencije) i radnika

Kod standardnoga radnog odnosa radnik osobno obavlja rad u odnosu subordiniranosti prema poslodavcu: prema uputama poslodavca, na način, u vrijeme i u mjestu koje mu određuje poslodavac. Zakonska je obveza poslodavca radniku

44 Vidi primjerice presudu Vrhovnog suda RS, VIII Ips 8/2017, od 9.5.2017.

45 Redek, T. *et al.*, Vpliv zasebnih agencij za zaposlovanje na trg dela v Sloveniji, Poročilo, 2017, Ljubljana, str. 64.

46 Tzv. ugovor o misiji; franc. *pour l'exécution d'une tâche précise et temporaire dénommée „mission“*.

47 ILO Report 2016, op. cit., str. 41.

48 Ugovor o radu (misiji) na određeno vrijeme može se obnoviti prema uvjetima iz čl. L1251-35, v. infra pogl. 4.2.4.

49 Franc. *contrat de travail à durée indéterminée intérimaire*, čl. L1251-58-1 do čl. L1251-58-8, CT, 5.9.2018.

50 Na njega se primjenjuju i odredbe CT-a o ugovoru o radu na neodređeno vrijeme. Razdoblja u kojima radnik nije ustupljen pribrajaju se razdobljima efektivnog rada u cilju ostvarivanja prava vezanih za plaću i starost. Sadržaj tog ugovora obuhvaća i uvjete povezane s trajanjem rada (posebice noćni rad), vrijeme obvezne dostupnosti radnika koji nije ustupljen, mobilnost u okviru izvršavanja poslova, mjesečnu minimalnu zajamčenu plaću itd.

dati posao, za obavljeni rad isplatiti plaću i zaštititi njegovo dostojanstvo tijekom obavljanja posla.⁵¹ Nadalje, poslodavac je obvezan zaštititi sigurnost, zdravlje i život radnika,⁵² upoznati ga s opasnostima posla koji obavlja i osposobiti ga za rad na način koji osigurava zaštitu života i zdravlja radnika te sprječava nastanak nesreća.⁵³

I agencijski radnik ima pravo na plaću i naknadu plaće, ograničeno radno vrijeme, zaštitu sigurnosti i zdravlja na radu, plaćeni godišnji odmor, dopuste, obrazovanje, sudjelovanje u odlučivanju i druga prava koja jamči radno pravo. S obzirom na to da agencijski radnik ne obavlja rad u prostorima poslodavca (agencije) niti prema njegovim naputcima, već kod trenutačnog korisnika i prema njegovim uputama (ili uputama osoba zaposlenih kod korisnika),⁵⁴ to također utječe na sadržaj ugovora o radu i zakonsko uređenje obveza radnika i poslodavca.

3.3.1. Posebnosti ugovora o radu

Ugovor o radu između agencije i agencijskog radnika u njemačkom pravu uređen je općim pravilima radnog prava, ali i posebnim odredbama AÜG-a. Pisani ugovor mora sadržavati tvrtku i adresu agencije te tijela koje je izdalo dozvolu, mjesto i datum njezina izdavanja i vrstu i visinu davanja radniku za vrijeme u kojem nije ustupljen (čl. 11. AÜG). Pri sklapanju ugovora o radu agencija je dužna radniku dati tiskanice koja sadrži bitne odredbe ovoga zakona, a prije svakog ustupanja obavijestiti ga da će raditi kao ustupljeni radnik. Zakon taksativno propisuje iznimke vezane za primjenu odredbi BGB-a na agencijski rad pa agencija i radnik ne mogu ugovoriti kraće otkazne rokove (prema čl. 622. st. 5., t. 1. BGB-a), a pravo agencijskog radnika na naknadu štete u slučaju zakašnjenja sa stupanjem na rad (čl. 615. st. 1. BGB-a) ne može se isključiti ili ograničiti.

Prema slovenskom ZUTD-u (čl. 165. st. 1) agencija mora agencijskom radniku tijekom trajanja rada zajamčiti sva prava iz radnog odnosa koja mu pripadaju prema propisima koji uređuju radne odnose. U ugovoru o radu mora biti određeno da će radnik privremeno raditi kod drugih korisnika, na mjestu i u vrijeme određeno u pisanoj uputnici radnika na rad kod korisnika, te da će visina plaće i naknade ovisiti o stvarno obavljenom radu kod korisnika, uz poštovanje kolektivnih ugovora i općih akata koji obvezuju korisnika (čl. 61. st. 1. i 2. ZDR-1). Ako je riječ o ugovoru na neodređeno vrijeme, mora se odrediti i visina naknade za vrijeme između ustupanja.⁵⁵

Prema ZR-u ugovor o radu mora, uz obvezne podatke iz čl. 15. i 18., sadržavati podatak da se sklapa radi ustupanja radnika za privremeno obavljanje poslova kod korisnika, naznaku tih poslova i obveze agencije prema radniku u razdoblju kada je ustupljen (čl. 46. st. 2.). Ako se sklapa na određeno vrijeme jednako vremenu ustupanja, mora imati i podatke o mjestu rada, plaći, datumu početka i završetka rada, dodatcima na plaću i razdobljima isplate plaće, te trajanju redovitoga radnog dana ili tjedna (čl.

51 Čl. 7. st. 1., 2., 4., 5. ZR-a; čl. 43., 44., 47. slovenskog ZDR-1.

52 Čl. 28. st. 1. ZR-a; čl. 45. ZDR-1.

53 Čl. 28. st. 2. i 3. ZR-a. Vidi odredbe slovenskoga ZVZD-1.

54 Vidi čl. 3(1)(c) Direktive.

55 U skladu s čl. 61. st. 3. ZDR-1 (vidi *infra* pogl. 3.4.).

46. st. 4.). ZR izričito navodi da ugovorena plaća i drugi uvjeti rada⁵⁶ ustupljenog radnika ne smiju biti utvrđeni u iznosu manjem, odnosno nepovoljnijem od plaće, odnosno drugih uvjeta rada radnika zaposlenog kod korisnika na istim poslovima, koje bi ustupljeni radnik ostvario da je sklopio ugovor o radu s korisnikom. Iznimno, nepovoljniji uvjeti rada mogu se ugovoriti kolektivnim ugovorom sklopljenim između agencije (ili udruge agencija) i sindikata (čl. 46. st. 5. i 7.), čime je prihvaćena *opt-out* klauzula prema čl. 5(3) Direktive.

3.3.2. Posebnosti prava i obveza radnika i agencije

Iako je agencija formalno poslodavac, s obzirom na narav agencijskog rada neke poslodavačke obveze ne može ispuniti bez sudjelovanja korisnika kod kojega radnik stvarno obavlja rad. Pojedini nacionalni pravni sustavi zato u različitom opsegu korisniku nalažu obvezu obavješćivanja agencije, određuju obvezu dogovaranja agencije i korisnika, omogućavaju dogovor oko prenošenja nekih obveza poslodavca na korisnika ili korisniku izričito nalažu određene obveze prema agencijskim radnicima (u vrijeme kada oni obavljaju rad za korisnika).

Iz slovenskoga ZDR-1 proizlazi da agencija (na temelju dogovora s korisnikom) radnika upućuje na rad tom korisniku.⁵⁷ Uputnica koju radnik dobiva mora sadržavati uvjete rada kod korisnika te prava i obveze neposredno vezane za obavljanje rada (vrsta rada, trajanje i raspored radnog vremena, mjesto obavljanja rada, plaća, duljina i način korištenja godišnjeg odmora i slično). Plaću radnicima isplaćuje agencija,⁵⁸ a njena visina ovisi o stvarno obavljenom radu kod korisnika te kolektivnim ugovorima i općim aktima koji obvezuju korisnika. Korisnik je odgovoran za podatke o plaći, koje daje agenciji (st. 5. čl. 62). Ako radnik tijekom rada kod korisnika krši svoje obveze, korisnik o tome obavještava (st. 5. čl. 63) agenciju, koja može (ovisno o vrsti i težini kršenja obveze) protiv radnika provesti stegovni postupak ili mu čak otkazati ugovor o radu. Radnik ima pravo na plaćeni godišnji odmor, čija duljina tijekom ustupanja ovisi o pravilima koja se primjenjuju kod korisnika (razmjerno trajanju ustupanja) te onima koja se primjenjuju u agenciji.⁵⁹ Tijekom ustupanja radnik može koristiti dopust u dogovoru s agencijom i korisnikom. Radnik ima i pravo na obrazovanje prema općim pravilima ZDR-1, koje mu mora osigurati agencija ili korisnik u dogovoru s njim (dok radnik kod njega obavlja rad).⁶⁰ Obveze poslodavca vezano za radno vrijeme,

56 *Drugi uvjeti rada* su radno vrijeme, odmori, dopusti, mjere zaštite na radu, zaštita trudnica, roditelja, posvojitelja i mladih, zaštita od nejednakog postupanja prema propisu o suzbijanju diskriminacije (čl. 46. st. 6. ZR-a).

57 Agencija ne smije od radnika zahtijevati plaćanje ili drugu naknadu za to što ga upućuje korisniku (čl. 166. st. 3. ZUTD-a). To je u skladu s čl. 6(3) Direktive. Plaćanje za obavljenu uslugu ustupanja agencija prima od korisnika.

58 Ona ne smije uvjetovati isplatu plaće prethodnom isplatom obveza od strane korisnika. I na agencijske radnike primjenjuju se pravila ZDR-1 vezana za zaštitu plaće. Vidi Kresal Šoltes, K., Razmejitev obveznosti med agencijo in podjetjem uporabnikom ter načelo enakoga obravnavanja – je lahko model tudi za druge nestandardne oblike dela?, *Delavci in delodajalci*, 2-3/2017., str. 212.

59 Vidi Komentar ZDR-1, str. 360.

60 Vidi čl. 62. st. 3. ZDR-1.

sigurnost i zdravlje na radu tijekom ustupanja prenesene su na korisnika, što ne znači da je agencija potpuno oslobođena obveza na tom području.⁶¹

I u Hrvatskoj je agencija obvezna radniku prije upućivanja uručiti uputnicu, s istim podacima koje mora sadržavati ugovor o radu između agencije i radnika, a odnose se na uvjete rada kod korisnika, odnosno prava i obveze stranaka. U odnosu na slovensko pravo, sadržaj je uputnice uži te, pored općih podataka,⁶² obuhvaća i naznaku poslova za čije se obavljanje radnik ustupa, obveze agencije prema radniku tijekom ustupanja te da je riječ o ustupanju za privremeno obavljanje poslova kod korisnika (čl. 49. st. 1.). Agencija je radniku obvezna isplatiti plaću, čak i kada joj korisnik nije ispostavio obračun za isplatu plaće (čl. 49. st. 4.), što je element određene sigurnosti radnika.⁶³ Ako su kod korisnika nastali razlozi za izvanredni otkaz ugovora o radu agencijskom radniku, agencija može otkazati ugovor o radu, uz poštovanje propisanih rokova. Pravo na godišnji odmor agencijskom je radniku zajamčeno sukladno s načelom jednakoga postupanja, tj. kao da je sklopio ugovor o radu s korisnikom. ZR-om nije jasno određeno kako radnik može koristiti to pravo, što može izazvati dvojbe u praksi. Agencija je obvezna radnika prije ustupanja upoznati s profesionalnim znanjima ili vještinama potrebnim za obavljanje posla kod korisnika i rizicima posla povezanim sa zaštitom zdravlja i sigurnosti na radu, te ga u tu svrhu osposobiti sukladno s propisima zaštite na radu. Tu obvezu može preuzeti i korisnik (čl. 49. st. 2.). Obveza je agencije usavršavanje i upoznavanje radnika s novim tehnologijama rada za obavljanje poslova za koje je ugovoreno da će se radnik ustupati, a i nju može preuzeti korisnik (čl. 49. st. 3.). Ako je korisnik povrijedio neko pravo agencijskog radnika, zaštitu prava radnik ostvaruje kod agencije kao svoga poslodavca. Za štetu koju ustupljeni radnik na radu ili u vezi s radom uzrokuje korisniku, propisana je odgovornost agencije u skladu s općim propisima obveznog prava (čl. 51. st. 2.).⁶⁴

3.4. Prava (naknade) za razdoblje kada radnik nije ustupljen korisniku

Iz Direktive proizlazi da agencijski radnici imaju za vrijeme obavljanja rada kod korisnika (tijekom ustupanja) pravo na jednake uvjete rada kao kada bi bili neposredno zaposleni kod toga korisnika. Prava radnika između ustupanja, tj. u vrijeme kada su u radnom odnosu s agencijom, a nisu upućeni nekom korisniku, Direktiva izričito ne uređuje. Države članice različito uređuju pravo na naknadu plaće između ustupanja za radnika koji je s agencijom sklopio ugovor o radu na neodređeno odnosno na određeno vrijeme.

Prema čl. 46. st. 3. ZR-a agencijski radnik zaposlen na neodređeno vrijeme ima

61 Uz ostalo mora provjeriti je li kod korisnika riječ o opasnom radu (i do ustupanja neće doći) te obavijestiti radnike o uvjetima rada kod korisnika. Vidi čl. 59. st. 2. i čl. 62. st. 4. ZDR-1; Kresal Šoltes, K., *Razmejitvev*, op. cit., str. 212.

62 Podatci iz čl. 15. st. 1., toč. 1. i toč. 4. – 7. ZR-a. To je dio obveznih podataka koje mora imati svaki ugovor o radu.

63 Detaljni komentar ZR, op. cit., str. 254.

64 O dvojbama vezano za pitanje odgovornosti vidi Rožman, K., u: *Detaljni komentar ZR*, op. cit., str. 258-259.

pravo na naknadu plaće u razdoblju kada nije ustupljen korisniku. Odredba upućuje na čl. 95. st. 1. i 2. koji uređuju naknadu plaće „za razdoblja kada radnik ne radi zbog opravdanih razloga određenih zakonom, drugim propisom, kolektivnim ugovorom, pravilnikom o radu ili ugovorom o radu“, koja se isplaćuje na teret poslodavca. Iznos naknade plaće utvrđuje se u visini prosječne plaće isplaćene radniku u prethodna tri mjeseca, ako ZR-om, drugim zakonom ili propisom, kolektivnim ugovorom, pravilnikom o radu ili ugovorom o radu nije drukčije određeno (st. 5. čl. 95.). Drukčije uređenje visine naknade plaće kolektivnim ugovorom ili drugim izvorom moralo bi biti takvo uređenje koje je za radnika povoljnije.⁶⁵ Ipak, u praksi se pronalaze i suprotna rješenja.⁶⁶ Pravo na naknadu plaće kada nije ustupljen ima, prema zakonu, samo radnik koji ima ugovor o radu na neodređeno vrijeme. No, stranke mogu ugovoriti isto pravo i za radnike zaposlene na određeno vrijeme, kada iznos ugovorene naknade može biti i niži od onoga iz čl. 95. st. 5. Prema stajalištu u literaturi to otvara pitanje diskriminacije ove posljednje skupine radnika.⁶⁷ Ipak, Direktiva ne propisuje obvezu agencije da radnika plaća za vrijeme dok nije ustupljen korisniku.

Slovenski ZDR-1 uređuje pravo agencijskih radnika na naknadu plaće i u slučaju ugovora o radu na neodređeno vrijeme i u slučaju ugovora o radu na određeno vrijeme. Ako je između agencije i radnika sklopljen ugovor o radu na određeno vrijeme, agencijski radnik ima pravo na naknadu plaće ako kod korisnika prije vremena prestane potreba za njegovim radom. Do isteka ugovora o radu agencija mora radniku isplaćivati naknadu plaće u visini 80 % prosječne plaće radnika (čl. 60. st. 3.).⁶⁸ Ako je sklopljen ugovor na neodređeno vrijeme, njegov je obvezatni sastojak i odredba o visini naknade plaće koja ne smije biti niža od 70 % minimalne plaće (čl. 61. st. 3.). Radniku pripada tako određena naknada plaće tijekom prijevremenog prestanka rada kod korisnika, kao i kada mu agencija nije osigurala posao kod korisnika.⁶⁹

Direktiva, koja polazi od toga da su ugovori o radu na neodređeno vrijeme uobičajeni oblik radnoga odnosa,⁷⁰ potiče sklapanje takvih ugovora između agencije i radnika kod kojih radnici imaju pravo na plaću čak i između ustupanja. Pod određenim uvjetima države članice mogu predvidjeti za te agencijske radnike drukčije plaćanje od onoga koje vrijedi za radnike zaposlene kod korisnika (tj. odstupanje

65 U skladu s čl. 9. ZR-a o ograničenjima slobode ugovaranja, vidi Detaljni komentar ZR, op. cit., str. 470-471.

66 Prema općim uvjetima jedne agencije „... u vrijeme kada Radnik nije ustupljen Korisniku, ima pravo na naknadu plaće u visini utvrđenoj propisima kojima se regulira minimalna plaća“, <<https://www.adecco.hr/opci-uvjeti-radnog-odnosa/>>, 30.1.2019., iz čega proizlazi da se u praksi navedena zakonska odredba ne primjenjuje, nego se agencijskim radnicima daje niža naknada. Može se zaključiti da konkretna agencija u svojim općim uvjetima određuje nešto što je u suprotnosti sa zakonom.

67 Detaljni komentar ZR, op. cit., str. 244-245.

68 Osnova za izračun naknade prosječna je mjesečna plaća u posljednja tri mjeseca, odnosno iz razdoblja rada u posljednja tri mjeseca. Vidi čl. 138. ZDR-1 u vezi s čl. 137. st. 7. ZDR-1.

69 U praksi se ta naknada ipak rijetko isplaćuje jer će ako korisniku nije potreban rad određenog radnika, poslodavac u pravilu tom radniku u kratkom razdoblju otkazati ugovor o radu zbog poslovnih razloga.

70 Vidi toč. 15. preambule Direktive.

od načela jednake plaće).⁷¹ Ako su radnici plaćeni i između ustupanja, to znači da, iako možda za vrijeme ustupanja imaju nižu plaću od plaće koju primaju radnici korisnika, opća razina zaštite tih radnika nije slabija, a isto tako oni nisu izloženi riziku nezaposlenosti jer će sačuvati zaposlenje i između ustupanja. Kako se tvrdi u literaturi,⁷² takva mogućnost odstupanja od načela jednake plaće sadrži i mogućnost zloupotrebe. I ugovor o radu na neodređeno vrijeme može se isto tako otkazati zbog poslovnog razloga nakon isteka ustupanja, kao što se radnik i agencija mogu već u ugovoru sporazumjeti da će radnik koristiti neplaćeni dopust u razdoblju kada za njega ne bude ustupanja. Tada je svrha zbog koje je dopušteno odstupanje od načela jednake plaće (osiguravanje dostojne plaće u razdoblju između ustupanja) ugrožena.⁷³ To je aktualno u istim onim državama članicama koje su stvarno iskoristile mogućnost odstupanja od načela jednake plaće. Među njima nisu Hrvatska ni Slovenija, iako u obje države agencijski radnici u slučaju ugovora o radu na neodređeno vrijeme imaju pravo na naknadu plaće u razdoblju kada nisu upućeni korisniku. Na zakonodavnoj razini to znači primjerenu zaštitu agencijskih radnika, koji su u razdoblju ustupanja izjednačeni s radnicima korisnika, a između ustupanja imaju pravo na (nižu) naknadu plaće. U praksi je situacija u Hrvatskoj i Sloveniji ipak drukčija jer u pravilu ne dolazi do stvarne isplate naknade plaće agencijskim radnicima.

3.5. Otkaz ugovora o radu

Za ugovor o agencijskom radu karakteristične su i posebnosti povezane s otkazom toga ugovora. U hrvatskom i slovenskom pravu vrijedi pravilo da kada radnik krši svoje obveze u vezi s radom kod korisnika, mjere protiv njega ne može poduzimati korisnik, već agencija koja je njegov poslodavac.⁷⁴ U slovenskom ZDR-1 ne pronalaze se posebnosti u vezi s prestankom ugovora o radu agencijskog radnika (osim one koja se odnosi na otkaz ugovora o radu na određeno vrijeme). Primjenjuju se, dakle, opća zakonska pravila o načinu prestanka ugovora o radu, ponajprije o otkazu ugovora o radu (vezano za razloge, rokove i prava radnika).

U hrvatskom pravu postoje posebnosti. Kod izvanrednog otkaza ugovora o radu koji radniku daje agencija, rok za davanje izvanrednog otkaza iznosi 15 dana od dana pisane obavijesti koju je korisnik poslao agenciji, u kojoj je izvješćuje o razlozima za izvanredni otkaz. Korisnik je dužan obavijestiti agenciju u roku od 15 dana od dana saznanja za činjenicu na kojoj se temelji izvanredni otkaz (čl. 47. st. 2., 3). Također, na otkazivanje ove vrste ugovora o radu ne primjenjuju se odredbe ZR-a o kolektivnom višku radnika. Ovo je rješenje uvedeno novim ZR-om, kako bi se izbjegle dvojbene situacije.⁷⁵ Pozornost zaslužuje odredba čl. 47. st. 4. prema kojem „prestanak potrebe

71 Vidi čl. 5(2) Direktive.

72 Vidi Schlachter, M., *Transnational*, op. cit., str. 193.

73 Odstupanje od načela jednake plaće u skladu je s Direktivom samo ako država članica osigura primjerenu razinu zaštite (primjerice, određivanjem razdoblja u kojem agencija ne smije radniku otkazati ugovor o radu zbog poslovnog razloga). Vidi Schlachter, M., *Transnational*, op. cit., str. 193.

74 Vidi čl. 47. st. 2. ZR-a, čl. 63. st. 5. ZDR-1.

75 Praksa je pokazala da je postupak kolektivnoga zbrinjavanja nemoguće provesti zbog rokova

za ustupljenim radnikom kod korisnika prije isteka razdoblja za koje je ustupljen, ne može biti razlog za otkaz ugovora o radu za privremeno obavljanje poslova⁷⁶. Prema njenim kritičarima, ona utječe na to da se u Hrvatskoj gotovo isključivo sklapaju ugovori na određeno vrijeme, često u trajanju jednakom razdoblju ustupanja jer agencija želi izbjeći obvezu plaćanja radnika između dva ustupanja te zabranu otkaza ako ga korisnik više ne treba.⁷⁶ U praksi se mogu naći odredbe općih uvjeta poslovanja agencija koje su izravno protivne zakonu.⁷⁷ Kršenje navedene odredbe ZR nije ubrojio među prekršaje poslodavca (agencije). Radnik može tražiti utvrđivanje nezakonitosti takvog (poslovno uvjetovanog) otkaza.

I slovenski ZDR-1 u čl. 60. st. 3. određuje da prijevremeni prestanak potrebe za radom radnika kod korisnika ne smije biti razlog za prestanak ugovora o radu na određeno vrijeme. To znači da bi ako su agencija i radnik sklopili ugovor na određeno vrijeme (koje je u pravilu jednako razdoblju ustupanja radnika korisniku), radnik ostao u radnom odnosu do isteka tog ugovora o radu, čak i ako korisnik više ne bi imao potrebu za njegovim radom. Navedenom je odredbom u tim slučajevima isključen otkaz ugovora o radu iz poslovnih razloga.⁷⁸ Vezano za otkaz ugovora o radu na neodređeno vrijeme, ZDR-1 ne određuje neke posebnosti. No, i ovdje se postavlja pitanje može li agencija radniku otkazati ugovor o radu zbog poslovnih razloga već na temelju činjenice da je prestalo ustupanje radnika pojedinom korisniku. Mislimo da se treba složiti sa stajalištem u teoriji da to nije prihvatljivo.⁷⁹ Redoviti ili prijevremeni prestanak ustupanja kod pojedinoga korisnika samo je jedna od okolnosti kojom bi agencija obrazlagala postojanje poslovnoga razloga.⁸⁰ Ako kod korisnika prestane potreba za radom ustupljenog radnika, to ne znači da je zbog toga prestala potreba za njegovim radom kod poslodavca (agencije). Agencija obavlja djelatnost ustupanja radnika korisniku pa je potreba za obavljanjem rada radnika kod agencije ovisna o stanju na cijelom tržištu rada. Valjani razlog za otkaz mogao bi postojati tek ako bi agencija mogla dokazati da radniku ne može osigurati upućivanje drugom korisniku.⁸¹ Često korisnik javlja agenciji da više ne treba određene radnike i traži upućivanje novih radnika. U jednom takvom slučaju agencija nije uspjela radnici osigurati rad kod drugoga korisnika te joj je otkazala ugovor o radu zbog poslovnih razloga. Vrhovni

i naravi takvog rada, a dvojbeni su bila i različita tumačenja odredbi koja su davala nadležna tijela. Detaljni komentar ZR, op. cit., str. 250.

76 Detaljni komentar ZR, op. cit., str. 251.

77 U praksi se koriste ugovorne klauzule (»opći uvjeti radnog odnosa«) kojima se krši ova zakonska obveza. Tako se, primjerice, navodi: „30. Otkaz ugovora zbog nemogućnosti ustupanja... Ako u slučaju prestanka potrebe za Radnikom kod Korisnika prije isteka razdoblja ustupanja Agencija ne uspije pronaći drugog Korisnika kojem bi ustupila Radnika u skladu s Općim uvjetima radnog odnosa smatra se da je prestala potreba za obavljanje ugovorenih poslova zbog gospodarskih razloga zbog čega Agencija može otkazati Ugovor poslovno uvjetovanim otkazom“ <<https://www.adecco.hr/opci-uvjeti-radnog-odnosa/>>, 18.1.2019.

78 Usporedi Kresal Šoltes, K., Razmejitev, op. cit., str. 210.

79 Vidi Komentar ZDR-1, 2016., op. cit., str. 347; Kresal Šoltes, K., Razmejitev, op. cit., str. 210.

80 Vidi i presude Višeg radnog i socijalnog suda (dalje: VRSS), Pdp 1654/2014 iz 26. 3. 2015.

81 To proizlazi i iz presude VRSS, Pdp 1654/2014, 26. 3. 2015. Vidi i Komentar ZDR-1, 2016., op. cit., str. 347.

sud RS u tom je predmetu⁸² zauzeo stajalište da nema otkaznog razloga. Naime, u agenciji nije prestala potreba za radom jer je agencija korisniku upućivala radnike za te poslove koje je mogla obavljati i radnica koja je dobila otkaz. Sud je kao ključno pitanje utvrdio ne samo je li se otpuštenu radnicu moglo uputiti drugom korisniku, već i je li se mogla uputiti istom korisniku.

4. UGOVORNI ODNOS IZMEĐU AGENCIJE I KORISNIKA

4.1. Općenito

Agencija i korisnik sklapaju ugovor o ustupanju. Iako je riječ o ugovoru trgovačkog prava, radno pravo određuje granice stranačke autonomije u odnosu na obvezatni sadržaj tog ugovora, sadržajne uvjete ustupanja, vremensko ograničenje i zabranu ustupanja, zabranu ograničenja kasnijega zapošljavanja agencijskog radnika neposredno kod korisnika. Premda ovaj ugovor nije predmet Direktive, države su članice trebale tijekom implementacije preispitati ograničenja i zabrane korištenja agencijskog rada, što ostaje njihova trajna obveza (čl. 4(1-4)).

Zakonska ograničenja takve ugovorne suradnje mogu se odnositi na stranke. Slovenski ZUTD određuje da korisnik može ugovorno surađivati samo s agencijom koja ima dozvolu za obavljanje te djelatnosti i upisana je u registar pri ministarstvu za rad (čl. 166. st. 2.). Zabranjeno je i sklapanje takvih sporazuma između povezanih društava u smislu Zakona o trgovačkim društvima (čl. 165. st. 4.). U slovenskom pravu nisu dopuštene, tzv. kućne agencije. Prema hrvatskom ZR-u, agencija može obavljati poslove ustupanja radnika korisnicima samo ako je registrirana prema posebnom propisu i upisana u evidenciju ministarstva nadležnog za rad.

Slovenskim i hrvatskim zakonodavstvom uređen je i sadržaj ugovora o ustupanju.⁸³ Prema čl. 45. ZR-a ugovor, koji se mora sklopiti u pisanom obliku, pored općih uvjeta poslovanja agencije mora sadržavati podatke:⁸⁴ o broju radnika potrebnih korisniku, razdoblju ustupanja, mjestu rada, poslovima koje će radnici obavljati te o plaći i osobi ovlaštenoj za zastupanje korisnika prema ustupljenim radnicima. Mogu se ugovoriti i obveze korisnika vezane za vođenje evidencije o radnom vremenu radnika. Slovenski ZDR-1 uređuje sadržaj ugovora elastičnije. Sporazum između agencije i korisnika mora biti u pisanom obliku, a stranke u njemu „detaljno određuju međusobna prava i obveze te prava i obveze radnika i korisnika“ (čl. 62. st. 2.). Obvezni je sastojak uređenje obrazovanja, usavršavanja i osposobljavanja radnika tijekom ustupanja.⁸⁵ Ugovorne su stranke ograničene i u određivanju međusobnih

82 VIII Ips 183/2016, presuda od 7.3.2017.

83 U francuskom pravu *un contrat de mise à disposition entre l'entreprise de travail temporaire et le client utilisateur, dit "entreprise utilisatrice"*, čl. L1251-42 do L1251-44, CT; u njemačkom pravu (*Arbeitnehmer*) *Überlassungsvertrag* uređuje AÜG; u talijanskom *il contratto di somministrazione di lavoro*, Decreto legge n. 81.

84 Prema nekim autorima to ga čini iznimno složenim ugovorom. Detaljni komentar ZR, op. cit., str. 238.

85 Time je implementiran zahtjev Direktive da države članice prihvate primjerene mjere kako bi se poboljšao pristup agencijskih radnika osposobljavanju kakvo imaju radnici korisnika. Vidi

obveza. ZDR-1, naime, u čl. 62. st. 3. izričito određuje neke obveze korisnika (primjerice, poštovanje propisa o zaštiti zdravlja na radu, radnom vremenu, odmorima i dopustima) i isključuje mogućnost da se ugovorom to uredi drukčije.

Prema francuskom pravu, ugovor o ustupanju mora sadržavati razlog korištenja agencijskog radnika, trajanje i mogućnost promjene duljine ustupanja, specifičnosti radnog mjesta i rizika za zdravlje ili sigurnost radnika, profesionalne kvalifikacije, mjesto rada, radno vrijeme, opremu za osobnu zaštitu te ukupan iznos plaće (čl. L1251-43 CT-a).

I Direktiva zabranjuje neke odredbe sporazuma između agencije i korisnika. To su odredbe koje zabranjuju, odnosno sprječavaju sklapanje ugovora o radu između korisnika i agencijskog radnika po završetku njegova ustupanja. Države članice obvezne su osigurati da su te odredbe ništetne, odnosno da se mogu utvrditi ništetnima (čl. 6(2)). Slovenski ZUTD u vezi s time nalaže agenciji da mora „bez postavljanja bilo kakvih ograničenja dopustiti ustupljenom radniku mogućnost zasnivanja radnoga odnosa kod korisnika nakon isteka razdoblja obavljanja rada” (čl. 165. st. 1. al. 2.). Ništetnost takvih odredbi nije izričito predviđena, ali bi do takve sankcije moglo doći na temelju općih pravila Zakonika o obvezama.⁸⁶ Hrvatski ZR ne uređuje pitanje zabrane ograničavanja kasnijega zapošljavanja radnika kod korisnika.

Slovensko zakonodavstvo određuje i obveze korisnika u vezi s obavješćivanjem agencije, čime štiti prava agencijskih radnika i radnika korisnika. Korisnik koji iskaže potrebu za obavljanjem određenog rada agenciju mora obavijestiti o svim uvjetima za njegovo obavljanje koje mora ispuniti radnik te agenciji podnijeti procjenu opasnosti za nastanak ozljeda i oštećenja zdravlja (čl. 62. st. 1. ZDR-1). Prije sklapanja i tijekom provođenja sporazuma korisnik mora agenciju obavijestiti o okolnostima koje su prema zakonu takve naravi da upućivanje radnika korisniku nije dopušteno (štrajk radnika korisnika, kolektivni viškovi kod korisnika) (čl. 59. st. 4). U ZR-u novina je obveza korisnika da pri sklapanju ugovora o ustupanju agenciju pismeno izvijesti, potpuno i istinito, o uvjetima rada radnika zaposlenih na poslovima koje će obavljati agencijski radnik.⁸⁷

4.2. Zabrane i ograničenja ustupanja

Prema čl. 4(1) Direktive zabrane i ograničenja korištenja agencijskog rada opravdani su samo ako se temelje na razlozima općeg interesa. Oni se posebice odnose na zaštitu radnika zaposlenih kod agencija za obavljanje privremenog rada, zdravlje i sigurnost na radu, osiguranje pravilnoga funkcioniranja tržišta rada i sprječavanje zloupotreba. Riječ je o otvorenoj listi razloga.⁸⁸ Države članice obvezatne su preispitati ograničenja i zabrane agencijskog rada, nakon savjetovanja sa socijalnim

čl. 6. st. 5., toč. b) Direktive.

86 Vidi čl. 86. Zakonika o obvezama (Uradni list RS, br. 97/2007, 64/2016).

87 Čl. 50. st. 2. To je jedini način da agencija dobije informacije o uvjetima rada radnika koje će upućivati korisniku. Ako bi korisnik dao neistinite, nepotpune podatke, a stvarni uvjeti rada radnika bili lošiji, radnik bi mogao tužiti jedino agenciju, koja bi se tada mogla regresno naplatiti od korisnika. Tako Detaljni komentar ZR, op. cit., str. 255-256.

88 EC Report 2014, op. cit., str. 10.

partnerima. Iz izvješća država članica o razlozima na kojima se temelje zabrane i ograničenja agencijskog rada u nacionalnom zakonodavstvu proizlazi da su se one kod propisivanja ograničenja i zabrana koristile posebice spomenutim razlozima iz čl. 4(1), ali i drugim razlozima, primjerice pravom na štrajk.⁸⁹ Zbog ograničenog opsega rada, u nastavku se analiziraju vremensko ograničenje ustupanja i kvote.

Kada je riječ o vremenskom ograničenju ustupanja valja naglasiti da je bitno obilježje agencijskog rada privremenost ustupanja pojedinom korisniku. To proizlazi iz Direktive,⁹⁰ prakse Suda EU-a⁹¹ i teorije.⁹² Duljina trajanja ustupanja radnika jedan je od temeljnih elemenata sadržaja ugovora o ustupanju. Više europskih država određuje najduže dopušteno razdoblje ustupanja radnika ili najveći broj uzastopnih ustupanja.⁹³ Među njima je bila i Slovenija jer je ZDR⁹⁴ u čl. 59. određivao (jednogodišnje) vremensko ograničenje obavljanja rada kod korisnika. ZDR-1, koji u st. 1. čl. 61. izričito određuje da radnik privremeno radi kod drugih korisnika, takvu odredbu više nema, na što upozorava i teorija.⁹⁵ Prema čl. 48. ZR-a korisnik ne smije koristiti rad istoga agencijskog radnika za obavljanje istih poslova za neprekinuto razdoblje duže od tri godine, osim ako je to potrebno zbog zamjene privremeno nenazočnog radnika ili je zbog nekih drugih objektivnih razloga dopušteno kolektivnim ugovorom. Prekid kraći od dva mjeseca ne smatra prekidom razdoblja od tri godine.⁹⁶ Novi je ZR uveo još jednu novinu kojom se želi onemogućiti zaobilaženje ograničenja.⁹⁷ Vremensko ograničenje ustupanja odnosi se na korisnika, a ne više na agenciju, pa korisnik više neće moći istog radnika koji je kod njega radio neprekidno tri godine angažirati putem druge agencije za obavljanje istih poslova, što je ranije bila praksa.⁹⁸ No, zaobilaženja su i dalje moguća korištenjem prekida između ustupanja ili zapošljavanjem istoga radnika na drugim poslovima. Iako ZR ne sadrži izričitu zabranu angažiranja agencijskih radnika na poslovima trajne naravi, iz čl. 44. st. 1. proizlazi da agencija može ustupiti radnika korisniku isključivo za privremeno obavljanje poslova. No, ne postoji tumačenje termina „privremeno“, ni dostupna sudska praksa o tom pitanju,

89 EC Report 2014, str. 10.

90 Vidi čl. 1.; kao i određenja pojmova u čl. 3(1) b., c., d.

91 Predmet Jouini, C-485/05. Bit je odluke zaštita radnika – agencije moraju privremeno ustupati radnike koji ne smiju zamijeniti redovito zaposlene radnike.

92 Vidi Davidov, G., Joint Employer Status in Triangular Employment Relations, *British Journal of Industrial Relations*, 4/2004, str. 742; Schlachter, M., *Transnational*, op. cit., str. 101; Krüger, L., op. cit., str. 576-588.

93 Vidi Voss, E. *et al.*, op. cit., str. 35, 36.

94 Uradni list RS, 42/2002 i 103/2007.

95 Vidi Končar, P., op. cit., str. 157; Kresal, B., *Pravna vprašanja*, op. cit., str. 187; Senčur Peček, D., *Zakonite oblike opravljanja dela, Podjetje in delo*, 6-7/2013, str. 939-940.

96 Usp. najduže trajanje ugovora o radu na određeno vrijeme (čl. 12.). Stari ZR (2009) ograničavao je ustupanje na neprekinuto razdoblje od godinu dana, a njegovim prekidom nije se smatrao prekid kraći od jednog mjeseca.

97 Ministarstvo rada, <http://mrms.hr/pitanje/uvjeti-rada-agencija-za-privremeno-zapostljavanje/>, 15.1.2019.

98 Korisnik je, uz to, mijenjao naziv posla ili koristio prekide duže od mjesec dana. Mihnjuk, N., *Privremeno zapošljavanje, Radno pravo*, 3/2007., str. 20. Takvo se ograničenje smatra razlogom nesigurnosti rada agencijskog radnika te gubitkom za sva tri subjekta agencijskog rada. Novaković, N., u: *Detaljni komentar ZR*, op. cit., str. 252.

ni potpuna statistika.⁹⁹ Uvođenje najdužeg trajanja ustupanja jedna je od najvažnijih novina reforme njemačkoga prava 2016. Agencijski radnik ne smije biti ustupljen istom korisniku duže od 18 uzastopnih mjeseci.¹⁰⁰

Neke države korištenje agencijskog rada ograničavaju određivanjem kvota agencijskih radnika koje korisnik smije angažirati u odnosu na broj svojih stalnih radnika. Kvote su propisane, primjerice, u slovenskom pravu, gdje vrijede uz neke iznimke, i austrijskom pravu, za ograničavanje udjela agencijskih radnika određenih profesija kod korisnika u zdravstvenom sektoru (na 10 % ili 15 %) pozivanjem na „zaštitu ljudskog života i zdravlja“.¹⁰¹

5. ODNOS IZMEĐU KORISNIKA I AGENCIJSKIH RADNIKA

5.1. Preuzimanje dijela obveza poslodavca u odnosu prema agencijskim radnicima

Za privremeni agencijski rad kao trostrani odnos karakterističan je i stvarni odnos između agencijskog radnika i korisnika kod kojega radnik obavlja rad. Prema njemačkoj je pravnoj teoriji ugovor o radu između agencije i radnika ugovor u korist trećeg (njem. *Vertrag zugunsten Dritter*) kojim treća strana stječe pravo tražiti izravno obavljanje neke činidbe. Iako između radnika i korisnika ne postoji ugovor o radu, postoji pravni odnos iz kojeg proizlaze, tzv. sekundarne obveze, ponajprije obveza zaštite i skrbi za radnika.¹⁰² Neki ih autori smatraju kvaziugovornim obvezama koje proizlaze iz činjenice da jedna stranka može ugroziti prava drugih. Drugi autori traže pravni temelj tih obveza u ugovoru između agencije i korisnika kao, tzv. ugovoru sa zaštitnim učinkom za treće stranke (njem. *Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte*). Radnik ima izravne koristi iz ugovora između agencije i korisnika jer stječe pravo postavljati ugovorne zahtjeve.¹⁰³

I u slovenskoj se teoriji pronalazi stajalište da radnik obavlja rad kod korisnika na temelju uputnice, a korisnik izvršava stvarnu poslodavačku vlast na temelju ugovora građanskog prava sklopljenog s agencijom, koji je temelj za upućivanje radnika korisniku. Korisnik i radnik formalno nisu u radnome odnosu, ali stvarno među njima postoje elementi radnoga odnosa pa se zato, pored odgovornosti agencije kao poslodavca, u vezi s određenim pravima radnika određuje i odgovornost

99 Nedostaje detaljna statistika s podacima o ukupnom fondu odrađenih sati agencijskog rada, prosječnoj duljini ustupanja, broju ustupanja istog radnika istom korisniku putem iste agencije i slično.

100 Vidi i: Božić, M., Sander, G. G., *Temporary Agency Work in Germany: A Short History and the Situation de lege lata*, u: *Transnational, European, and National Labour Relations, Europeanization and Globalization 4* (ur. Sander et al.), Cham, Springer International Publishing, 2018., str. 232-233, 238.

101 EC Report 2014, op. cit., str. 12.

102 Prevladava stajalište da je riječ o obveznopravnom odnosu bez primarnih obveza činidbe (njem. *Schuldverhältnis ohne primäre Leistungspflichten*). Šire: Wank, R., op. cit., str. 622 (Rn 32).

103 I ugovor o radu između agencije i radnika ima zaštitni učinak za treće pa korisnik kojemu je radnik prouzročio štetu ima pravo na odštetni zahtjev temeljen na obvezi skrbi. Vidi Waas, B., *Reconsidering* (2017), op. cit., str. 121.

korisnika.¹⁰⁴ Autorice su mišljenja da je prihvatljivo stajalište, u skladu s općim stajalištem mnogih teoretičara radnoga prava,¹⁰⁵ da poslodavac nije nužno (samo) pravna ili fizička osoba s kojom je radnik sklopio ugovor o radu. Kod nekih ugovornih odnosa, u kojima su poslodavačke ovlasti (u različitom omjeru) podijeljene između dva ili više pravnih subjekata, priznavanje položaja poslodavca samo onome koji je s radnikom u formalnom ugovornom odnosu nije prikladno jer ne poštuje stvarne ovlasti poslodavca koje ima drugi subjekt.¹⁰⁶ Tipični su primjeri takvih pravnih odnosa pored privremenog agencijskog rada i *outsourcing*, franšizing, podugovaranje, lanci nabave itd. Kod određivanja (obveza) poslodavca u tim odnosima u teoriji¹⁰⁷ se predlažu različite mogućnosti: utvrđivanje stvarnog poslodavca (koji se skriva iza prividnog, formalnog poslodavca); određivanje solidarne (zajedničke) odgovornosti više poslodavaca, kao i dioba poslodavačkih obveza između više poslodavaca, tj. funkcionalni koncept poslodavca.¹⁰⁸

Kod odnosa kao što je agencijski rad status je poslodavca podijeljen na način da ovlast davati upute ima (i, op. a.) osoba različita od ugovornog poslodavca.¹⁰⁹ Iako ta osoba – korisnik formalno nije u pravnom odnosu s radnikom, stvarno obavlja dio poslodavačkih ovlasti te mu zbog toga pravo nalaže s time povezane obveze. U pojedinim je pravnim sustavima različit opseg obveza naloženih korisniku. Slovensko radno zakonodavstvo¹¹⁰ određuje da su i korisnik i agencijski radnik obvezni „za vrijeme obavljanja rada radnika kod korisnika u odnosu na prava i obveze poštovati odredbe ZDR-1, kolektivnih ugovora i općih akata koji obvezuju korisnika”. Time se osigurava i da će ustupljeni (agencijski) radnik imati takve uvjete rada i zaposlenja koje bi imao kada bi bio zaposlen kod korisnika.¹¹¹ Prema čl. 63. st. 3. ZDR-1 to vrijedi i u odnosu na pogodnosti koje korisnik osigurava svojim radnicima (npr. upotreba kantine). ZVZD-1 korisniku izričito nalaže obvezu da agencijskom radniku dok radi

104 Vidi Kresal Šoltes, K. u Komentaru ZDR-1 (2016), op. cit., str. 333.

105 Vidi Davies, P., Freedland, M., *Changing Perspectives Upon the Employment Relationship in British Labour Law*, u: *The Future of Labour Law* (ur. Barnard, C. et al.), Oxford, Oxford University, 2004., str. 135.; Fudge, J., *Fragmenting Work and Fragmenting Organizations: The Contract of Employment and the Scope of Labour Regulation*, *Osgoode Hall Law Journal*, 4/2006, str. 616, 639.

106 Freedland kao ključne ovlasti (funkcije) poslodavca navodi sklapanje i otkaz ugovora o radu; osiguranje plaće i drugih pogodnosti radniku; rukovođenje radnim odnosom i procesom rada; korištenje rada radnika u procesu proizvodnje (usluga). Freedland, M., *The Personal Employment Contract*, Oxford, Oxford University Press, 2003., str. 40.

107 Fudge, J., op. cit., str. 643; Waas, B., op. cit., str. 120 i d.

108 Zadnju mogućnost, kada se umjesto jednog (formalnoga) poslodavca kao potencijalni poslodavci, među kojima se dijele obveze i odgovornosti, određuju svi koji izvršavaju neke od funkcija poslodavca, pod pojmom funkcionalni koncept poslodavca detaljno je obrazložio J. Prassl u svojem radu *The concept of the employer* (Oxford, Oxford University Press, 2015.). Bit je u tome da u onom području u kojem pojedini poslodavac izvršava određenu funkciju poslodavca, on snosi i odgovornost (pritom se procjenjuje stvarno izvršavanje funkcije, a ne ugovorno uređenje).

109 Waas, B., *Reconsidering 2017.*, op. cit., str. 120.

110 Vidi čl. 63. st. 1. i 2. ZDR-1 te čl. 166. st. 1. ZUTD-a.

111 Riječ je o načelu jednakog postupanja, koje proizlazi iz čl. 5. Direktive.

kod njega zajamči sigurnost i zdravlje na radu,¹¹² a korisnik je za to vrijeme odgovoran i za poštovanje odredbi u vezi s radnim vremenom, odmorima i stankama.¹¹³ Korisnik odgovara i za ispravnost i potpunost podataka o plaćanju za rad, koje daje agenciji u svrhu obračuna plaće i drugih primanja iz radnog odnosa koje (u pravilu) isplaćuje agencija. Pored toga, korisnik je za razdoblje kada je radnik kod njega obavljao rad supsidijarno odgovoran za isplatu plaće te druga primanja iz rada, što znači da bi radnik ako od agencije ne dobije plaću i to mogao potraživati od korisnika.¹¹⁴ Ako korisnik krši svoje obveze, radnik može u skladu s čl. 63. st. 4. ZDR-1 odbiti obavljanje rada.

Francuski CT određuje odgovornost korisnika za zakonske ili ugovorene uvjete obavljanja rada koji se odnose na: trajanje rada, noćni rad, tjedne odmore, praznike, zdravlje i sigurnost na radu; rad žena, djece i mladih radnika (čl. L1251-21 do L1251-23).

ZR izričito navodi da se korisnik u odnosu na ustupljenog radnika smatra poslodavcem ako je riječ o obvezi primjene odredbi ZR-a, drugih zakona i propisa kojima su uređeni sigurnost i zaštita zdravlja na radu te posebna zaštita određenih skupina radnika (čl. 50.). Korisnik je obvezatan provoditi propise zaštite na radu kao onaj subjekt kod kojega se odvija i koji nadzire cjelokupni proces rada.¹¹⁵ Može imati i druge, ranije spomenute, obveze iz područja zaštite na radu (iz čl. 49. st. 2. i 3.), koje su prema ZR-u primarno obveze agencije, ako ih preuzme ugovorom o ustupanju. U literaturi se smatra da obje odredbe treba izmijeniti tako da navedene obveze primarno ima korisnik.¹¹⁶ Vežano za plaću, korisnik nije obvezan (niti supsidijarno, kao u slovenskom pravu) isplatiti plaću radniku. Obvezan je dostaviti obračun za isplatu plaće agenciji (čl. 45. st. 2. toč. 5.). Korisnikova obveza potpunog i istinitog pisanog obavještanja agencije o uvjetima rada radnika, odnosi se i na podatke o plaći ustupljenog radnika te propisima koji se kod korisnika primjenjuju na utvrđivanje plaće, koji su sastavni dio ugovora o ustupanju (čl. 45. st. 2.). Korisnik je obvezan naknaditi štetu koju je ustupljeni radnik prouzročio na radu ili u vezi s radom kod korisnika trećoj osobi i smatra se poslodavcem u odnosu na regresnu odgovornost ustupljenog radnika (čl. 51. st. 1.), dakle ima pravo na regresni zahtjev prema ustupljenom radniku. Odgovara i ako je ustupljeni radnik pretrpio kod njega štetu na radu ili u vezi s radom, kada radnik naknadu može potraživati od agencije ili korisnika, prema pravilima o odgovornosti poslodavca za štetu radniku.¹¹⁷

5.2. Omogućavanje redovitog zaposlenja agencijskih radnika kod korisnika

Direktiva u čl. 1(2) koji uređuje područje važenja izričito govori o njezinoj

112 ZVZD-1 u toč. 2. čl. 3. određuje da se u smislu toga zakona u poslodavce ubraja i korisnik. To znači da korisnik ima i sve zakonske obveze poslodavca povezane sa sigurnošću i zdravljem na radu. Vidi i čl. 62. st. 2. ZDR-1.

113 Vidi čl. 62. st. 2. ZDR-1.

114 Vidi čl. 62. st. 5. i 6. ZDR-1.

115 Detaljni komentar, op. cit., str. 254-255.

116 Detaljni komentar, op. cit., str. 254.

117 Uređenom čl. 111. ZR-a, koji upućuje na opće propise obveznog prava.

primjeni na radnike koji su ustupljeni korisniku kako bi radili privremeno (engl. *to work temporarily*), pod njegovim nadzorom i uputama. Bitno je obilježje agencijskog rada privremenost ustupanja pojedinom korisniku. Posredno je to vidljivo i u jednom od ciljeva Direktive koji se odnosi na agencijski rad kao korak prema redovitom zaposlenju kod korisnika (engl. *stepping-stone effect*).¹¹⁸ Taj je cilj postignut ako se u slučaju trajnije potrebe radnik po isteku ustupanja zaposli kod korisnika. Direktiva potiče pristup neposrednom zaposlenju kod korisnika određujući pravo agencijskih radnika biti obaviješteni o slobodnim radnim mjestima kod korisnika, kako bi ostvarili jednake mogućnosti vezane za zaposlenje na neodređeno vrijeme kao radnici korisnika (čl. 6(1)).

Slovenski ZUTD prihvaća navedenu odredbu i nalaže korisniku općenito određenu obvezu upoznavanja agencijskih radnika i osiguravanja jednakih mogućnosti za zaposlenje na neodređeno vrijeme kao i za radnike korisnika (čl. 166. st. 1. al. 2. i 3.). Obveza obavješćivanja agencijskih radnika konkretnije je određena st. 4. čl. 25. ZDR-1, jednako kao za radnike zaposlene na određeno vrijeme i one zaposlene s nepunim radnim vremenom. Korisnik je obavezan sve ove radnike pravodobno obavijestiti o javnom oglasu za slobodna radna mjesta na neodređeno vrijeme i s punim radnim vremenom, u pisanom obliku, na način koji je kod poslodavca uobičajen (objavom na oglasnoj ploči u poslovnim prostorijama, korištenjem informacijske tehnologije itd.). Hrvatski ZR u čl. 50. st. 3. određuje obvezu korisnika da najmanje jednom godišnje obavijesti ustupljene radnike o slobodnim radnim mjestima za koje ispunjavaju uvjete. Nejasno formulirana obveza nije u skladu s odredbom Direktive koja traži da agencijski radnici budu obaviješteni o svakom slobodnom radnom mjestu (engl. *any vacant posts*) kod korisnika radi stalnoga zaposlenja. ZR određuje obvezu poslodavca da radnike zaposlene na temelju ugovora na određeno vrijeme obavijesti o poslovima za koje bi mogli sklopiti ugovor o radu na neodređeno vrijeme (čl. 13. st. 4.). Takvo bi rješenje trebalo prihvatiti i kada je riječ o agencijskim radnicima i slobodnim radnim mjestima kod korisnika. Nejasan je i način obavještavanja radnika. Direktiva govori o općoj objavi na odgovarajućem mjestu u poduzeću pa bi i to pitanje trebalo preciznije urediti ZR-om.¹¹⁹

Prema čl. 13a njemačkoga AÜG-a korisnik mora obavijestiti agencijskog radnika o slobodnim radnim mjestima kod korisnika, općom objavom na prikladnom, dostupnom mjestu u pogonu i poduzeću. Prema širem tumačenju, korisnik je obavezan to učiniti za sva slobodna radna mjesta, a ne samo ona odgovarajuća (kao u slučaju rada s nepunim radnim vremenom).¹²⁰

Direktiva omogućava zapošljavanje agencijskih radnika neposredno kod korisnika i time što zabranjuje agencijama da sprječavaju takva zapošljavanja.¹²¹ Iz

118 Vidi Schlachter, M., *Transnational*, op. cit., str. 181.

119 Prema mišljenju Ministarstva rada obveza objavljivanja i uvjeti provođenja mogli bi se propisati kolektivnim ugovorom ili drugim aktom poslodavca, primjerice pravilnikom o radu. Detaljni komentar, op. cit., str. 248.

120 Neki autori zagovaraju teleološko, uže tumačenje, da agencijski radnik stječe utuživi zahtjev, a u slučaju povrede obveze može zahtijevati od korisnika naknadu štete (na temelju čl. 280. st. 1. BGB-a). Wank, R., op. cit., str. 675.

121 Agencije često nisu zainteresirane za takva zapošljavanja jer gube zaradu.

čl. 6(2) Direktive proizlazi nedopuštenost i ništetnost odredbi (u pravilu na temelju dogovora između agencije i korisnika) kojima se zabranjuje sklapanje ugovora o radu između agencijskoga radnika i korisnika nakon završetka ustupanja. Isto tako agencije ne smiju radnicima naplatiti proviziju u zamjenu za to što su se s poduzećem korisnikom dogovorile o sklapanju ugovora o radu nakon obavljenog ustupanja (čl. 6(3)). Slovenski ZUTD nalaže agenciji da bez postavljanja ograničenja dopusti ustupljenom radniku zasnivanje radnoga odnosa s korisnikom nakon isteka razdoblja obavljanja rada. Isto tako agencija ne smije od ustupljenog radnika zahtijevati plaćanje ili drugu naknadu radi mogućeg sklapanja ugovora o radu s korisnikom.¹²² Hrvatski ZR određuje da agencija ne smije od radnika naplatiti naknadu za njegovo ustupanje korisniku, odnosno naknadu ako dođe do sklapanja ugovora o radu između ustupljenog radnika i korisnika (čl. 44. st. 6.).¹²³ Ni slovensko ni hrvatsko zakonodavstvo nisu u cijelosti slijedili Direktivu jer ne određuju ništetnost mogućih nedopuštenih odredbi kojima se zabranjuje zapošljavanje agencijskih radnika neposredno kod korisnika. Primjer takve sankcije može se naći u čl. 12. irskoga Zakona o zaštiti agencijskih radnika¹²⁴ i čl. 9. njemačkog AÜG-a.

6. KRŠENJA I ZLOUPOTREBE INSTITUTA

Privremeni agencijski rad u prošlosti je bio izvor čestih zloupotreba i kršenja prava radnika. Stoga nacionalna zakonodavstva pored strožeg nadzora rada agencija i detaljno određenih obveza agencija i korisnika, većinom određuju i strože sankcije za kršenja. Riječ je o kršenju pri obavljanju rada agencija, kao i kršenju prava radnika, koje počinu agencija ili korisnik.

ZR-om su propisane odgovarajuće upravne mjere i odgovornost za prekršaje poslodavca.¹²⁵ Slovenski ZUTD određuje obvezu agencije da ministarstvu za rad dostavi statističke podatke¹²⁶ te svake godine, do 30. lipnja i izvješće neovisnog revizora, iz kojega je vidljivo je li u prethodnoj poslovnoj godini poslovala u skladu s odredbama ZDR-1 te pravodobno otklanjala utvrđene nepravilnosti.¹²⁷ Najviša novčana kazna propisana je ako agencija obavlja djelatnost ustupanja radnika bez dozvole za obavljanje djelatnosti i nije upisana u registar ili evidenciju.¹²⁸ U tom

122 Vidi čl. 165. st. 3. ZUTD-a. U slučaju kršenja jedne ili druge zabrane agencija se kažnjava za prekršaj novčanom kaznom u iznosu od 10.000 do 30.000 eura. Vidi čl. 177st. 1.. ZUTD.

123 Kršenje je najteži prekršaj poslodavca pravne osobe, a kazna je od 61.000 do 100.000 kuna (čl. 229. st. 1. toč. 11).

124 *Protection of Employees (Temporary Agency Work) Act 2012.*

125 Primjerice, odgovornost za najteži prekršaj poslodavca je ako agencija obavlja poslove ustupanja prije upisa u evidenciju ministarstva. Propisana je novčana kazna od 61.000,00 do 100.000,00 kn (čl. 229.).

126 Ako ne dostavi potrebne podatke, bit će kažnjena novčanom kaznom od 3.000 eura za prekršaj.

127 Vidi čl. 174. ZUTD-a. Ako agencija ne dostavi izvješće revizora ili ne otkloni manjkavosti koje proizlaze iz izvješća te ako inspektor za rad utvrdi da je u posljednjih 12 mjeseci više puta kršila ZDR-1, ministarstvo će joj oduzeti dozvolu za obavljanje djelatnosti i izbrisati je iz registra. Agencija može ponovno zatražiti dozvolu za upis u registar tek po proteku tri godine (vidi čl. 172. ZUTD-a).

128 Iznosi od 10.000 do 50.000 eura za agenciju i 5.000 eura za odgovornu osobu. Vidi čl. 179.

je slučaju i korisnik koji primi na rad radnike koje je uputio poslodavac koji nije agencija, odgovoran za prekršaj.¹²⁹

Hrvatsko i slovensko pravo¹³⁰ određuju kao prekršaje i druga postupanja agencije i korisnika kojima krše svoje obveze prema radnicima, određene ZR-om odnosno ZDR-1, i određuju za njih relativno visoke novčane kazne kojima se želi osigurati zaštita prava radnika. Iz Izvješća o radu Inspektorata za rad RS-a,¹³¹ ali i nekih istraživanja¹³² proizlazi da je u Sloveniji veliki udjel prekršaja (koje su otkrili inspektori) vezanih za ustupanje radnika koje su izvršili poslodavci koji nisu dobili dozvole za obavljanje djelatnosti i nisu upisani u registar odnosno evidenciju. Među njima su i slučajevi kada se odnos prema vani prikazuje kao obavljanje usluga (sklopljen je, primjerice ugovor o poslovnoj suradnji), a stvarno postoje elementi ustupanja rada radnika (radnici rad obavljaju uključeni u radni proces naručitelja, prema njegovim uputama i koristeći njegova sredstva za rad). U tim slučajevima nije riječ samo o kršenju pojedinačnih prava radnika, nego i tome da poslodavac i korisnik žele izbjeći sve obveze (odnosno minimalna prava radnika) koje zakonodavstvo određuje u vezi s agencijskim radom.¹³³ Za usporedbu, među javno dostupnim podacima hrvatskoga Inspektorata rada, nažalost, nema detaljnijih podataka o utvrđenim kršenjima povezanim s agencijskim radom.

Na ta kršenja upozoravaju, primjerice, i u njemačkoj literaturi.¹³⁴ No, razlika je u sankcijama koje predviđa njemačko pravo. AÜG je i prije izmjena iz 2017. u slučaju ustupanja radnika korisniku koje obavlja subjekt koji za to nema dozvolu određivao sankciju ništetnosti. Po novome, sankcija ništetnosti predviđena je ako iz ugovora o radu nije jasno vidljivo da je riječ o ustupanju radnika i kada je radnik ustupljen korisniku duže od 18 mjeseci. U svim tim slučajevima ugovor o radu između agencije (posrednika rada) i radnika je ništetan,¹³⁵ a istodobno s ništetnošću tog ugovora o radu zakon uspostavlja ugovor o radu između radnika i korisnika.¹³⁶

Slične građanskopravne sankcije propisuje i talijansko pravo.¹³⁷ U slučaju

ZUTD-a.

129 Predviđena je kazna od 10.000 do 30.000 eura za korisnika i 4.000 eura za odgovornu osobu. Vidi ZUTD, čl. 178.

130 Vidi odredbe čl. 227-229. ZR-a; čl. 217. i 219. ZDR-1, čl. 76. ZVZD-1 i čl. 177. do 179.a ZUTD-a.

131 Vidi Poročilo o delu za leto 2017, str. 67. i Poročilo o delu za leto 2016, str. 72. <http://www.id.gov.si/si/o_inspektoratu/javne_objave/letna_porocila/> (1.2.2019.).

132 Vidi Redek, R. *et al.*, op. cit., str. XIV.

133 Ako agencija zadržava pravo nadzora i davanja uputa, riječ je o podugovaranju (engl. *sub-contracting*), a ne agencijskom radu te se ne primjenjuju odredbe Direktive o agencijskom radu. Nyström, B., 2000/104/EC: Temporary Agency Work, u: EU labour Law (ur. M. Schlachter), The Hague, Wolters Kluwer, 2015., str. 252, 259.

134 Vidi Schüren, P., Scheinwerk- und Scheindienstverträge mit Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis, *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht*, 4/2013, str. 176-177; Maschmann, F., op. cit., str. 1305-1312. Ovi autori upozoravaju i na to da društva dobivaju dozvolu za ustupanje samo kao „pokriće“ za sklapanje prividnih ugovora o djelu, pod kojima se skrivalo ustupanje radnika bez poštovanja zakonskih pravila.

135 Ako agencija nema dozvolu, ništetan je i ugovor između agencije i korisnika.

136 Vidi čl. 9., 10. i 10a. AÜG.

137 Pored ovih, propisane su kaznenopravne sankcije te administrativne sankcije u obliku novčanih

nepropisnog ustupanja, sankcije su ništetnost (kod nepridržavanja pisane forme ugovora) ili poboynost (kod kršenja propisanih ograničenja i uvjeta za ustupanje) ugovora o ustupanju, uz posljedično uspostavljanje radnog odnosa između radnika i korisnika, *ex tunc*, od početka ustupanja.¹³⁸

Slovensko ni hrvatsko radno zakonodavstvo ne određuju takve građanskopravne sankcije. Iz odredbi Zakonika o obligacijama¹³⁹ proizlazi da prividan ugovor ne proizvodi učinak među ugovornim strankama. Ako prividni ugovor prikriva neki drugi ugovor, taj je valjan ako su ispunjeni uvjeti za njegovu valjanost. Prividni ugovor o poslovnoj suradnji, dakle ne proizvodi učinak među strankama, a ugovor o ustupanju radnika je valjan ako je izvođač usluge dobio dozvolu za ustupanje radnika i upisan je u registar odnosno evidenciju Ministarstva. U tom bi slučaju za naručitelja iz prividnog ugovora o poslovnoj suradnji morale vrijediti obveze koje korisniku nalažu ZDR-1 i ZUTD.¹⁴⁰ Ako izvođač usluge nema dozvolu za ustupanje radnika, uvjeti za valjanost ugovora o ustupanju nisu ispunjeni. Izvođač takvim ustupanjem čini prekršaj i podvrgnut je novčanoj kazni. Ostaje otvoreno pitanje kakav je pravni položaj radnika koji imaju ugovor o radu sklopljen s (prividnim) izvođačem usluge, stvarno obavljaju rad uključeni u radni proces (prividnog) naručitelja, prema njegovim uputama i pod njegovim nadzorom. Očito u tim slučajevima korisnik želi izbjeći status poslodavca pa se ostavlja dojam da je poslodavac izvođač. I kod prosudbe pojma poslodavca trebalo bi poštovati načelo prvenstva činjenica, slično kao u vezi s pojmom radnika odnosno radnog odnosa.¹⁴¹ Kao što sudovi ne gledaju naziv odnosa kako su ga odredile stranke, već smatraju osobu radnikom ako su u tom odnosu izraženi elementi radnoga odnosa, morao bi se poslodavcem smatrati onaj subjekt kod koga su stvarno izražena obilježja poslodavca.¹⁴² Onaj tko organizira radni proces u kojem rade radnici, daje im upute i nadzire ih, ima korist od toga rada, trebao bi snositi obveze i odgovornosti u odnosu prema radnicima. U vezi s tim nedvojbeno bi bila potrebna odgovarajuća dopuna zakona (po uzoru na njemačko uređenje).

Isto vrijedi i kada agencija radnike trajnije ustupa korisniku. Određenje agencije kao poslodavca radniku¹⁴³ prikladno je dok je riječ o „stvarno privremenom radu“,¹⁴⁴

kazni.

138 Fili, V. i Riccardi, A., *La somministrazione di lavoro*, u: *Contratti di lavoro, mansioni e misure di conciliazione vita – lavoro nel Jobs Act 2*, Bari, Cacucci Editore, 2015., str. 331. i d.

139 Vidi čl. 50. Zakonika o obligacijama, Uradni list RS, br. 97/2007 (OZ-UPB1); za hrvatsko pravo vidi čl. 285. Zakona o obveznim odnosima, NN, br. 35/2005, 41/2008; 125/2011, 78/2015, 29/2018.

140 Slično je stajalište i u njemačkoj literaturi (ranije je AÜG za te slučajeve određivao sankciju ništetnosti). Maschmann, E., op. cit., str. 1310, navodi da prema odredbama BGB-a, ako se pod prividnim ugovorom o djelu skriva ugovor o ustupanju radnika, ugovor o djelu jest ništetan te vrijede odredbe AÜG-a.

141 Vidi Senčur Peček, D., *Neuporaba in spremenjena uporaba institutov delovnega prava*, *Podjetje in delo*, 6-7/ 2015, str. 1193. Id., *Pojem delavca s primerjalnega in EU vidika*, *Delavci in delodajalci*, 2-3/2016, str. 196.

142 U tom smislu i Kresal, B., *Primerljivost delovnopravnega varstva v različnih oblikah zaposlitve*, *Delavci in delodajalci*, 2-3/2012, str. 258.

143 Pored istodobnog nalaganja određenih poslodavačkih obveza korisniku.

144 Davidov, G., op. cit., str. 742.

dakle kada agencija radnike privremeno upućuje na rad kod pojedinoga korisnika, a između toga radnici imaju stabilan odnos s agencijom. Drukčije je kada agencija formalno zaposli i plaća radnike, a oni svoj rad trajno obavljaju kod istog korisnika, prema njegovim uputama i pod njegovim nadzorom.¹⁴⁵ Poštovanje načela prvenstva činjenica ukazivalo bi na to da takav odnos, koji usprkos drukčijem formalnom određenju nema značenje privremenog ustupanja, treba smatrati radnim odnosom između radnika i korisnika.¹⁴⁶

7. ZAKLJUČAK

Privremeni agencijski rad poslovni je model kojeg čine ugovorni odnosi između agencije, radnika i korisnika. Zbog njegove posebnosti, specifični su i navedeni ugovorni odnosi. Ugovor o radu sklapaju agencija (koja mora ispunjavati određene uvjete) i radnik koji rad ne obavlja kod svog poslodavca i prema njegovim uputama (što je obilježje radnoga odnosa), već kod pojedinoga korisnika. Iako je agencija formalni poslodavac, pri ispunjavanju nekih poslodavačkih obveza ovisna je o izvješćivanju korisnika, a dio poslodavačkih obveza u cijelosti je prenesen na korisnika (koji nije u formalnom ugovornom odnosu s radnikom). Razlog za to, kao i za zakonsko uređenje i ograničenje ugovornog odnosa između agencije i korisnika zaštita je položaja agencijskih radnika. Nacionalna uređenja agencijskoga rada pritom slijede Direktivu koja prati cilj jednakog postupanja prema agencijskim radnicima kao prema radnicima korisnika i zabranjuje zloupotrebe agencijskoga rada. Iako su u osiguravanju prvoga cilja slovensko i hrvatsko uređenje relativno uspješni, morali bi kod zabrane trajnog ustupanja radnika korisniku i primjerenog sankcioniranja drugih zloupotreba agencijskoga rada slijediti dobre prakse iz nekih država članica EU-a.

LITERATURA

1. Bečan, Irena *et al.*, *Zakon o delovnih razmerjih s komentarjem*, Ius Software, Ljubljana, GV Založba, 2016.
2. Božić, Mijo i Sander, Gerald G., *Temporary Agency Work in Germany: A Short History and the Situation de lege lata*, u: *Transnational, European, and National Labour Relations, Europeanization and Globalization 4* (ed. G.G. Sander et al.), Cham, Springer International Publishing, 2018., str. 223-240.
3. Collins, Hugh, *Independent Contractors and the Challenge of Vertical Disintegration to Employment Protection Law*, *Oxford Journal of Legal Studies*, 3/1990, str. 353-380.
4. Davies, Paul i Freedland, Mark, *Changing Perspectives Upon the Employment Relationship in British Labour Law*, u: *The Future of Labour Law* (ur. C. Barnard et al.), Oxford, 2004., str. 129-158.
5. Detaljni komentar Zakona o radu (ur. K. Rožman), Zagreb, Radno pravo, 2017.
6. Eurofound, *Aspects of non-standard employment in Europe*, Luxembourg, Publications Office of the European Union, 2017.

145 Vidi Davidov, G., op. cit., str. 730 i d.

146 Vidi Senčur Peček, D., Neuporaba in spremenjena uporaba institutov delovnega prava, op. cit., str. 1197-1199.

7. European Commission (2011), Report, Expert Group, Transposition of Directive 2008/104/EC on Temporary agency work, August 2011.
8. European Commission (2014), Report from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on the application of Directive 2008/104/EC on temporary agency work, Brussels, 21.3.2014 COM (2014) 176 final
9. Fili, Valeria i Riccardi, Angelica, La somministrazione di lavoro, u: Contratti di lavoro, mansioni e misure di conciliazione vita – lavoro nel Jobs Act 2, Bari, Cacucci Editore, 2015., str. 293-336.
10. Freedland, Mark, The Personal Employment Contract, Oxford, Oxford University Press, 2003.
11. Fudge, Judy, Fragmenting Work and Fragmenting Organizations: The Contract of Employment and the Scope of Labour Regulation, *Osgoode Hall Law Journal*, 4/2006, str. 609-648.
12. ILO, Report on temporary employment agencies and temporary agency work (Countouris, N. et al.), Geneva, International Labour Office, 2016.
13. Končar, Polonca, Ureditve zagotavljanja začasnega dela in vpliv Direktive 2008/104/ES, *Delavci in delodajalci*, 2-3/2012, str. 143-158.
14. Kresal, Barbara, Pravna vprašanja nove ureditve zaposlitve za določen čas in agencijskega dela, *Delavci in delodajalci*, 2-3/2013, str. 169-191.
15. Kresal, Barbara, Primerljivost delovnopravnega varstva v različnih oblikah zaposlitve, *Delavci in delodajalci*, br. 2-3/2012, str. 245-262.
16. Kresal Šoltes, Katarina, Razmejitev obveznosti med agencijo in podjetjem uporabnikom ter načelo enakega obravnavanja – je lahko model tudi za druge nestandardne oblike dela?, *Delavci in delodajalci*, 2-3/2017, str. 199-220.
17. Krüger, Laura, Temporary agency workers work "temporarily", a European and German interpretation of the notion "temporarily", *European Labour Law Journal*, 4/2016, str. 576-588.
18. Maschmann, Frank, Fremdpersonaleinsatz im Unternehmen und die Flucht in den Werkvertrag, *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht*, 23/2013, str. 1305-1312.
19. Mihnjuk, Nataša, Privremeno zapošljavanje, *Radno pravo*, br. 3, 2007., str. 60-62.
20. Nakakubo, Hiroya i Araki, Takashi, Introduction, u: Reconsidering the Notion of 'Employer' in the Era of the Fissured Workplace in Germany: Should Labour Law Responsibilities Exceed the Boundaries of the Legal Entity?, *The Japan Institute for Labour Policy and Training*, Tokio, 2016., str. 1-59.
21. Nyström, Birgitta, 2000/104/EC: Temporary Agency Work, u: *EU labour Law, A Commentary* (ur. M. Schlachter), The Hague, Wolters Kluwer, 2015., str. 249-279.
22. Prassl, Jeremias, The concept of the employer, Oxford, Oxford University Press, 2015.
23. Redek, Tjaša *et al.*, Vpliv zasebnih agencij za zaposlovanje na trg dela v Sloveniji, Ljubljana, 2017.
24. Schlachter, Monika, Replacement of striking workers by temporary workers: In violation of international standards, *Comparative Labor Law & Policy Journal*, 39/2018, str. 543-554.
25. Schlachter, Monika, Transnational Temporary Agency Work: How Much Equality Does the Equal Treatment Principle Provide?, *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 2/2012, str. 177-197.
26. Schüren, Peter, Scheinwerk- und Scheindienstverträge med Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis, *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht*, 4/2013.
27. Senčur Peček, Darja, Zakonite oblike opravljanja dela, *Podjetje in delo*, 6-7/2013, str. 921-943.
28. Senčur Peček, Darija, Neuporaba in spremenjena uporaba institutov delovnega prava, *Podjetje in delo*, 6-7/2015, str. 1191-1207.

29. Senčur Peček, Darja, Pojem delavca s primerjalnega in EU vidika, *Delavci in delodajalci*, 2-3/2016.
30. Senčur Peček, Darja, Spremembe in novosti, ki jih prinaša ZDR-1, *Podjetje in delo*, 3-4/2013, str. 414-445.
31. Vodopivec, Milan *et al.*, Equity Effects of The New Law on Labour Relations in Slovenia. Final Report: Equity and Productivity Effects of the New Labour Code (Part 1) 2017.
32. Voss, Eckhard *et al.*, The Role of Temporary Agency Work and Labour Market Transitions in Europe: Institutional frameworks, empirical evidence, good practice and the impact of social dialogue Final Report for the Joint Eurociett/UNI Europa Project: "Temporary Agency Work and Transitions in the Labour Market", Hamburg, 2013.
33. Waas, Bernd, Reconsidering the Notion of 'Employer' in the Era of the Fissured Workplace in Germany u: The Notion of Employer in the Era of the Fissured Workplace (ur. R. Blanpain/F. Hendrickx), The Hague, Wolters Kluwer, 2017., str. 105-125.
34. Wank, Rolf, AÜG, u: *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht* (Hrsg. v. Müller-Glöge, Preis, Schmidt), 16. Aufl., München, Beck, 2016., str. 617-690.
35. Wield, David, *The Fissured Workplace: Why Work Became So Bad for So Many and What Can Be Done to Improve It*, Harvard University Press, 2014.

Darja Senčur Peček*

Sandra Laleta**

Karla Kotulovski***

Summary

CONTRACTUAL RELATIONSHIPS CONCERNING TEMPORARY AGENCY WORK

This article analyses the contractual relationships concerning temporary agency work: specificities of the employment contract between the agency (as an employer) and worker; contractual relationship between agency and the user undertaking and the factual relationship between the user and agency workers. Concerning the employment relationship between the agency and worker, the analysis focuses on the fact that only legal subject that fulfils specific conditions can operate as an agency; further, on the duration of the employment relationship, the workplace, rights and the termination of the employment relationship. Despite the fact that the agency and the user conclude the commercial contract, those contractual parties are limited by the labour law rules that are the object of the analysis in this article. Thirdly, the article deals with the relationship between the agency worker and user, that is not formalized by the conclusion of the contract, but regulated by the labour legislation, that prescribes the workers' rights and its impact on the user's stable workers' rights. The authors analyse the mentioned contractual relationships as regulated in Croatian and Slovenian labour law, as well as by EU law, giving the examples of good practice used in some European countries.

Keywords: *temporary agency work; employment contract; contract of assignment of worker; Croatia; Slovenia; EU law; comparative law.*

* Darja Senčur Peček, Ph.D., Full Professor, University of Maribor, Faculty of Law, Slovenia; darja.sencur-pecek@um.si.

** Sandra Laleta, Ph.D., Associate Professor, University of Rijeka, Faculty of Law; sandra.laleta@pravri.hr.

*** Karla Kotulovski, Research Assistant, University of Rijeka, Faculty of Law; kkotulovs@pravri.hr.

Zusammenfassung

TEMPORÄRE LEIHARBEITSVERHÄLTNISSE

Dieser Beitrag bespricht die Leiharbeitsverhältnisse, und zwar, die Besonderheiten von Arbeitsverträgen zwischen dem Verleiher (als Arbeitgeber) und dem Arbeitnehmer sowie auch das Verhältnis zwischen den Nutzern und den Leiharbeitern. Beim Arbeitsverhältnis zwischen dem Verleiher und dem Arbeitnehmer wird vor allem die Tatsache, dass der Verleiher nur dasjenige Rechtssubjekt sein kann, welches die besonderen Voraussetzungen dafür erfüllt, analysiert. Die Bestimmung der Dauer des Arbeitsverhältnisses, der Ort der Arbeit, die Besonderheiten bezüglich der Rechte sowie auch die Beendigung des Arbeitsverhältnisses werden besprochen. Der Verleiher und der Nutzer schließen einen Vertrag aus dem Bereich des Handelsrechts und trotzdem sind sie durch die in diesem Beitrag analysierten Regeln des Arbeitsrechts beschränkt. Das dritte Verhältnis, das in diesem Beitrag besprochen wird, bezieht sich auf das Verhältnis zwischen den Nutzern und den Leiharbeitern, welches durch die Vertragsschließung nicht formalisiert wird, sondern vom Arbeitsrechtsgesetzgebung sowohl bezüglich der Rechte von Leiharbeitern als auch bezüglich dessen Einflusses auf die Arbeitsverhältnisse der Arbeiter von Nutzern geregelt wird. Diese Vertragsverhältnisse werden aus der Perspektive des kroatischen und des slowenischen Arbeitsrechts sowie auch des EU-Rechtes und der bewährten Verfahren einiger europäischen Staaten analysiert.

Schlüsselwörter: temporäre Leiharbeit; Arbeitsvertrag; Leiharbeitsvertrag; Kroatien; Slowenien; das Recht der Europäischen Union; Rechtsvergleichung.

Riassunto

I RAPPORTI CONTRATTUALI RIGUARDANTI IL LAVORO TEMPORANEO DI AGENZIA

Nel lavoro si disaminano i rapporti contrattuali riguardanti il lavoro temporaneo di agenzia. Precisamente, si esaminano le particolarità del contratto di lavoro tra l'agenzia (in qualità di datore di lavoro) ed il lavoratore; il rapporto contrattuale tra l'agenzia e l'utente, come anche il rapporto di fatto tra l'utente ed il lavoratore dell'agenzia. Quando si tratta del rapporto di lavoro tra l'agenzia ed il lavoratore si analizza in primo luogo il fatto che si qualifica come agenzia soltanto quel soggetto giuridico che soddisfa dei criteri particolari. Si disamina anche la questione della determinazione della durata del rapporto di lavoro, del luogo in cui vengono compiute le mansioni, le particolarità legate ai diritti derivanti come anche il termine del rapporto di lavoro. L'agenzia e l'utente pur concludendo un contratto di diritto commerciale, incontrano

nel loro rapporto limiti derivanti dal diritto del lavoro analizzati nel contributo. Il terzo rapporto che viene analizzato nel contributo è quello tra l'utente ed il lavoratore, rapporto non formalizzato mediante la conclusione di un contratto, bensì regolato dalla legislazione giuslavorista sia sotto il profilo dei diritti dei lavoratori dell'agenzia, sia sotto il profilo della sua influenza sui rapporti di lavoro dei lavoratori dell'utente. Tali rapporti contrattuali si disaminano nei diritti del lavoro croato e sloveno, come anche nel diritto dell'UE e nella good practice di alcuni paesi europei.

Parole chiave: *Lavoro interinale di agenzia; contratto di lavoro; contratto di assegnazione di lavoratori; Croazia, Slovenia; diritto dell'Unione europea; diritto comparato.*

PRAVNE POSLJEDICE PROVJERE PUTNIKOVIH PUTNIH ISPRAVA U ZRAČNIM LUKAMA - OPRAVDANOST RAZLOGA ZA USKRAĆIVANJE UKRCAJA NA LET

Izv. prof. dr. sc. Željka Primorac*

UDK: 351.756

<https://doi.org/10.30925/zpfsr.40.3.7>

Ur.: 8. svibnja 2019.

Pr.: 13. rujna 2019.

Pregledni rad

Sažetak:

Autorica se u radu bavi pravnoteorijskom elaboracijom suzbijanja nezakonite migracije putnika u zračnom prijevozu (s naglaskom na državljane trećih zemalja) ukazujući na modalitete i pravne posljedice provođenja provjere valjanosti i vjerodostojnosti putnikovih putnih isprava prema najnovijim rješenjima schengenske pravne stečevine te ocjenjujući ulogu zračnog prijevoznika u zaštiti vanjske granice EU. Autorica ukazuje na nedovoljnu pravnu reguliranost pojmova „neodgovarajuća putna dokumentacija“ i „potrebne putne isprave“ preispitujući pravne učinke posjedovanja i predodjenja neodgovarajuće putne dokumentacije kao opravdanog razloga uskraćivanja ukrcaja putnika na let prema rješenjima Uredbe (EU) 261/2004 i tumačenjima predmetne odredbe prema rješenjima Smjernica iz 2016. U tom kontekstu, cilj je rada ukazati na aktualne promjene u pogledu privatnopravne zaštite putnika prema važećim europskopравnim rješenjima, ali i na najnoviji postupak pred Sudom EU-a (slučaj C-584/18) glede tumačenja pojedinih rješenja europskopравnih propisa važećih za ovu problematiku (Uredbe (EU) 261/2004 i Uredbe (EU) 2016/399). Završno se analiziraju obveze zračnog prijevoznika snositi financijske sankcije (novčane kazne) u slučaju prijevoza putnika bez potrebne putne isprave te predlažu rješenja de lege ferenda.

Ključne riječi: *provjera putnih isprava putnika; zračne luke; uskraćivanje ukrcaja na let.*

1. UVOD

Borba protiv nezakonitih migracija i učinkovitost nadzora vanjskih granica EU-a postulati su europske migracijske politike. Svake godine raste broj građana EU-a i osoba koje nisu građani EU (državljeni trećih zemalja) koji prelaze granice schengenskoga

* Dr. sc. Željka Primorac, izvanredna profesorica, Sveučilište u Splitu, Pravni fakultet; zeljka.primorac@pravst.hr.

prostora.¹ Schengenskim pravnim režimom² omogućeno je jednostavnije prelaženje unutarnjih granica država članica schengenskoga prostora bez graničnih kontrola. No prekogranična dimenzija mnogobrojnih sigurnosnih ugroza doprinijela je zajedničkoj težnji u provođenju nužnih pojačanih kontrola na njihovim vanjskim granicama uključujući sustavniju i djelotvorniju provjeru putnikovih putnih isprava (putovnice,³ vize,⁴ nacionalnih osobnih iskaznica i boravišnih dozvola za državljane trećih zemalja). Budući da se pokušaj ulaska u schengenski prostor državljana trećih zemalja bez odgovarajuće putne isprave smatra nezakonitom migracijom, vrlo je bitno provođenje sustavnih graničnih kontrola na graničnim prijelazima u zračnim lukama preko kojih se odvija međunarodni promet. U radu se iznose pravni aspekti provođenja provjera putnih isprava državljana trećih zemalja pri obavljanju granične kontrole na ulasku u i izlasku iz EU-a, ali i provjere putnih isprava od strane ovlaštenih predstavnika zračnog prijevoznika pri prijavi i ukrcaju na let. Naime, putna je isprava neophodna za ukrcaj putnika u zrakoplov neovisno o činjenici je li putnik osoba koja je državljanin EU-a ili državljanin treće zemlje.⁵ Provođenje sustavnih i cjelovitih provjera putnih isprava tijekom granične kontrole i ovlaštenih predstavnika zračnog prijevoznika utječe

- 1 Schengenski prostor čine 26 europskih država (Austrija, Belgija, Češka, Danska, Estonija, Finska, Francuska, Grčka, Islanda, Italija, Latvija, Lihtenštajn, Litva, Luksemburg, Mađarska, Malta, Nizozemska, Njemačka, Norveška, Poljska, Portugal, Slovačka, Slovenija, Španjolska, Švedska i Švicarska) koje su potpisale Schengenski sporazum iz 1985. Države koje nisu članice schengenskoga prostora: Bugarska, Hrvatska, Cipar, Irska, Rumunjska i Ujedinjeno Kraljevstvo.
- 2 Schengenski sporazum o postupnom ukidanju kontrola na zajedničkim granicama su 14. lipnja 1985. potpisale Belgija, Francuska, Luksemburg, Njemačka i Nizozemska radi postupnog ukidanja nadzora na zajedničkim granicama, čime je njihovim državljanima omogućeno prelaženje državnih granica bez graničnih kontrola (v. više: Vermeulen, G.; De Bondt, W., EU Justice and Home Affairs Institutional and policy development, Maklu, 2014., str. 18-19; Brinkhoff, S., Introduction to Air Law, u: Introduction to Aviation Management, LIT Verlag, Münster, 2010., str. 307). Schengenska konvencija o provedbi Schengenskog sporazuma od 14. lipnja 1985. o postupnom ukidanju kontrola na zajedničkim granicama potpisana je 19. lipnja 1990., a stupila je na snagu 26. ožujka 1995. (SL L 239, 22. rujna 2000. godine, str. 19-62, u daljnjem tekstu: Schengenska konvencija). Schengenski sporazum i Schengenska konvencija pravni su okvir EU-a (v. detaljnije u: Heaton, R., The European Community after 1992: The Freedom of Movement of People and Its Limitations, Vanderbilt Journal of Transnational Law, vol. 25., 4/1992., str. 656–678.).
- 3 Putovnica je osnovni dokument u zračnom prijevozu putnika (Abeyratne, R., Strategic Issues in Air Transport – Legal, Economic and Technical Aspects, Springer, 2012., str. 178).
- 4 Viza je odobrenje koje je izdala država članica radi: a) tranzita preko ili planiranog boravka na području država članica u najduljem trajanju od tri mjeseca unutar bilo kojega šestomjesečnog razdoblja od datuma prvog ulaska na područje država članica; b) tranzita preko međunarodnih tranzitnih područja zračnih luka država članica (čl. 2. st. 1. t. 2. Uredbe (EZ) br. 810/2009 Europskog parlamenta i Vijeća od 13. srpnja 2009. o uspostavi Zakonika Zajednice o vizama (Zakonik o vizama), SL L 243, 15. rujna 2009. godine, str. 1–58).
- 5 Prema istraživanjima Udruženja za međunarodni zračni prijevoz (engl. *International Air Transport Association*, dalje: IATA) koje čini 290 zračnih prijevoznika iz 120 država svijeta, na 25.000 putnika u međunarodnom prijevozu prosječno je jedan putnik ukrcan na let s neodgovarajućim putnim ispravama (vidi: IATA, Passenger Experience, Global, 13. listopada 2016., dostupno na: <https://airlines.iata.org/analysis/document-verification-travel-trouble>, posjećeno 1. ožujka 2019.).

na ostvarivanje odgovarajuće pravne zaštite putnika (u slučaju uskraćivanja ukrcaja), ali i zračnih prijevoznika (u pogledu snošenja znatnih financijskih sankcija u slučaju prijevoza putnika bez potrebne putne isprave).

2. SIGURNOSNO-PRAVNI UČINCI PROVJERE PUTNIKOVIH PUTNIH ISPRAVA –GRANIČNA KONTROLA U ZRAČNIM LUKAMA

Zračni prijevoz putnika jedan je od najsigurnijih oblika prijevoza s gotovo jednom milijardom putnika prevezenih u EU. Posljedice ubrzanog, konstantnog porasta prometa putnika u zračnom prijevozu (na međunarodnoj, europskoj i nacionalnoj razini) utjecale su na to da se najveći broj ulazaka državljana trećih zemalja u EU odvija upravo u međunarodnim zračnim lukama. U cilju osiguravanja učinkovite europske migracijske politike, dosljednost provođenja sustavne kontrole putnih isprava na graničnim prijelazima u međunarodnim zračnim lukama jedna je od mjera suzbijanja nezakonite migracije u EU, globalne prijetnje i globalnog problema. Budući da je rješenjima čl. 1. st. 1. Uredbe (EU) 2016/399⁶ predviđeno nepostojanje nadzora državne granice u odnosu na osobe koje prelaze unutarnje granice⁷ država članica EU-a, postalo je iznimno bitno provođenje kvalitetnog nadzora državnih granica u odnosu na osobe koje prelaze vanjske granice⁸ država članica EU-a uključujući i granične prijelaze u međunarodnim zračnim lukama.⁹ Postupci kontrole u međunarodnim zračnim lukama¹⁰ i na aerodromima¹¹ propisani su Prilogom VI. (Posebna pravila za različite vrste granica i različita prijevozna sredstva koja se koriste za prelazak vanjskih granica država članica) Uredbe (EU) 2016/399. Riječ je o obveznim mjerama sustavne kontrole putnikovih putnih isprava u relevantnim bazama podataka (Schengenskom informacijskom sustavu¹² i Interpolovoj bazi podataka o

6 Uredba (EU) 2016/399 Europskog parlamenta i Vijeća od 9. ožujka 2016. o Zakoniku Unije o pravilima kojima se uređuje kretanje osoba preko granica (Zakonik o schengenskim granicama), SL L 77, 23. ožujka 2016. godine, str.1.-52., dalje: Uredba (EU) 2016/399.

7 Unutarnje granice su: a) zajedničke kopnene granice, uključujući granice na rijekama i jezerima država članica; b) zračne luke država članica za unutarnje letove; c) morske, riječne i jezerske luke država članica za redovite unutarnje trajektne linije (čl. 2. st. 1. t. 1. Uredbe (EU) 2016/399).

8 Vanjske granice su kopnene granice država članica, uključujući granice na rijekama i jezerima, granice na moru i njihove zračne, riječne, pomorske i luke na jezerima, ako nije riječ o unutarnjim granicama (čl. 2. st. 1. pod 2. Uredbe (EU) 2016/399).

9 V. više: Cyril, S., Renzaho, A. M. N., *Invisible and suffering: prolonged and systematic detention of asylum seekers living in substandard conditions in Greece*, u: *Globalisation, Migration and Health: Challenges and Opportunities*, World Scientific, 2016., str. 211.

10 Postupci za kontrole u međunarodnim zračnim lukama odnose se na dužnost nadležnih tijela država članica osigurati da operator zračne luke poduzme potrebne mjere kako bi fizički odvojio tokove putnika na unutarnjim letovima od tokova putnika na ostalim letovima.

11 Postupci za kontrole na aerodromima (zračna luka koja nema status međunarodne zračne luke prema važećem nacionalnom pravu) obuhvaćaju mjere osiguranja kontrole osoba na aerodromima kroz koje je dopušteno preusmjeravanje letova iz ili prema trećim zemljama. pod 2.2.1. Priloga VI. Uredbe (EU) 2016/399.

12 Schengenski informacijski sustav (engl. *Schengen Information System*, u daljnjem tekstu: SIS)

ukradenim i izgubljenim putnim ispravama¹³) pri prelaženju vanjskih granica.¹⁴ Od 1. siječnja 2021. obavljanje granične kontrole obuhvaćat će i provjeru posjeduju li putnici (pojedine kategorije državljana trećih zemalja) osim putnih isprava i valjano odobrenje putovanja¹⁵ koje će biti moguće elektronički očitati na temelju podataka iz putne isprave.¹⁶ Budući da veliki broj državljana trećih zemalja koji su izuzeti

omogućuje tijelima koja su imenovale ugovorne stranke, putem automatiziranog postupka pretraživanja, pristup upozorenjima o osobama i imovini u svrhu graničnih kontrola i drugih policijskih i carinskih kontrola koje se obavljaju unutar zemlje u skladu s nacionalnim pravom, u slučaju posebnih vrsta upozorenja iz članka 96., u svrhu izdavanja viza, dozvola boravka i provođenja zakona o strancima, u sklopu primjene odredaba ove Konvencije u vezi s kretanjem osoba (čl. 92. st. 1. Schengenske konvencije). Više o uspostavi, radu i korištenju SIS-a te zaštiti osobnih podataka i sigurnosti podataka u SIS-u, vidi Glava IV., čl. 92-118 Schengenske konvencije.

- 13 Međunarodna organizacija kriminalističke policije (INTERPOL) vodi globalnu bazu podataka o ukradenim i izgubljenim putnim ispravama (engl. *Stolen and Lost Travel Documents database*, u daljnjem tekstu: SLTD baza). SLTD baza sadrži preko 84 milijuna potraživanih ukradenih i izgubljenih putnih isprava (putovnice, vize, osobne iskaznice i dr.), a čak 194 države članice INTERPOLA se njome koriste. U 2018. godini baza je pretraživana gotovo tri milijarde puta, što je rezultiralo otkrivanjem 289.000 slučajeva korištenja ukradenih i izgubljenih putnih isprava (v. Interpol, *Stolen and Lost Travel Documents*, dostupno na: <https://www.interpol.int/en/How-we-work/Databases/Stolen-and-Lost-Travel-Documents-database>, posjećeno 22. ožujka 2019.). Prijavom krađe ili gubitaka putnih isprava, nadležna državna tijela (policija) proglašavaju isprave nevažećima te o njima nose podatke u SLTD bazu koja je automatski povezana s graničnim prijelazima u zračnim lukama. Važno je ukazati kako je nakon zrakoplovne nesreće *Malaysia Airlines* na letu MH 370, u ožujku 2014., utvrđeno kako su dva putnika na letu posjedovala ukradenu australsku i talijansku putovnicu. Samo nekoliko tjedana nakon zrakoplovne nesreće, 7. travnja 2014., u istoj su zračnoj luci tri se putnika pokušala ukrcati na dva leta različitih zračnih prijevoznika koristeći ukradene turske putovnice (ovaj put su predmetne osobe evidentirane prije ukrcaja), Sekaganda, B., *Interpol's Tools and Services: Stolen and Lost Travel Documents Database, 2015.*, str. 24-25, dostupno na: https://www.icao.int/Meetings/mrtd-Nairobi-2015/Documents/12_am_8_Sekaganda.pdf, posjećeno 21. ožujka 2019.
- 14 Više vidi u: Faure Atger, A., *The Abolition of Internal Border Checks in an Enlarged Schengen Area: Freedom of movement or a web of scattered security checks?*, *Challenge Research Paper* br. 8., ožujak 2008., str. 14-15, dostupno na: <http://aei.pitt.edu/9405/2/9405.pdf>, posjećeno 15. ožujka 2019.
- 15 Odobrenje putovanja odluka je koja se zahtijeva od državljana trećih zemalja iz čl. 2. st. 1. Uredbe (EU) 2018/1240 Europskog parlamenta i Vijeća od 12. rujna 2018. godine o uspostavi europskog sustava za informacije o putovanjima i odobravanje putovanja (ETIAS) i izmjeni uredaba (EU) br. 1077/2011, (EU) br. 515/2014, (EU) 2016/399, (EU) 2016/1624 i (EU) 2017/2226, SL L 236, 19. rujna 2018. godine, str. 1-71, na snazi od 9. listopada 2018. godine, dalje: Uredba (EU) 2018/1240) kako bi ispunili uvjet ulaska utvrđen u čl. 6. st. 1. t. b) Uredbe (EU) 2016/399. Više o sadržaju te odluke vidi čl. 3. st. 1. t. 5. Uredbe (EU) 2018/1240. Svaki podnositelj zahtjeva za odobrenje putovanja u obrascu navodi i sljedeće osobne podatke: podatke o vrsti i broju putne isprave i zemlji koja ju je izdala te datum izdavanja putne isprave i datum isteka valjanosti putne isprave (čl. 17. st. 2. Uredbe (EU) 2018/1240).
- 16 Putne isprave su putovnica ili neka druga ekvivalentna isprava na temelju koje njezin nositelj ima pravo prelaziti vanjske granice i u koju se može staviti viza (čl. 3. st. 1. t. 10. Uredbe (EU) 2018/1240).

od posjedovanja viza pri prelasku vanjskih granica¹⁷ putuje u schengenski prostor, radi utvrđivanja prihvatljivosti tih putnika u pogledu sigurnosne prijetnje, rizika od nezakonitih migracija ili visokog rizika od epidemije osnovan je Europski sustav za informacije o putovanju i odobravanje putovanja.¹⁸ Njegova je osnovna svrha omogućiti provjeru putnih isprava državljanina trećih zemalja i prije njihova dolaska na vanjske granice schengenskoga prostora. Iako je riječ o mjeri kojom se na europskoj razini osigurava povećanje sigurnosti te zaštita i jačanje upravljanja vanjskim granicama, valjano se odobrenje putovanja ne može smatrati odlukom o odobravanju ili odbijanju ulaska prema rješenjima Uredbe (EU) 2016/399 (čl. 45. st. 2. Uredbe (EU) 2018/1240).

2.1. Zabrana ulaska putnika (državljanina treće zemlje) na graničnim prijelazima u zračnim lukama država članica EU-a s posebnim osvrtom na vjerodostojnost i valjanost putnih isprava

U slučaju neispunjenja uvjeta ulaska državljaninu treće zemlje na državno područje država članica (sadržanih u čl. 6. Uredbe (EU) 2016/399), bit će izrečena mjera zabrane ulaska na područje država članica EU-a.¹⁹ Do zabrane ulaska može doći isključivo na temelju obrazložene odluke tijela koje je za to ovlašteno nacionalnim pravom,²⁰ a u predmetnoj odluci (koja stupa odmah na snagu) moraju biti precizno navedeni razlozi zabrane.²¹ Forma je odluke propisana uporabom standardiziranog obrasca za zabranu ulaska na granici (Prilog V., Dio B Uredbe (EU) 2016/399), a jedan od podataka koji mora biti naveden u obrascu jest naznaka odnosi li se zabrana ulaska na granici na neki od sljedećih razloga: neposjedovanje valjane putne isprave, posjedovanje lažne/krivotvorene isprave, neposjedovanje valjane vize ili boravišne dozvole; posjedovanje lažne/krivotvorene vize ili boravišne dozvole i dr. Popunjen obrazac za zabranu ulaska predaje se na granici državljaninu treće zemlje koji je dužan potvrditi primitak odluke o zabrani ulaska.²²

Na temelju statističkih podataka Eurostata,²³ na vanjskim je granicama EU-a

17 Više v. List of third country countries whose nationals are exempted from holding a visa when crossing the external borders (dostupno na: https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/borders-and-visas/visa_policy/apply_for_a_visa/docs/visa_lists_en.pdf, posjećeno 19. ožujka 2019.).

18 Engl. *European Travel Information and Authorisation System*, u daljnjem tekstu: ETIAS, automatiziran je IT sustav za utvrđivanje svih rizika povezanih sa sigurnošću ili nezakonitim migracijama koje predstavljaju posjetitelji schengenskog područja izuzeti od obveze posjedovanja vize.

19 Službenici graničnog nadzora osiguravaju da državljanin treće zemlje kojemu je zabranjen ulazak ne uđe na državno područje dotične države članice (čl. 14. st. 4. Uredbe (EU) 2016/399).

20 Prema Prilogu V., Dio A – „Postupci za zabranu ulaska na granici“ Uredbe (EU) 2016/399, nadležni službenik graničnog nadzora ispunjava obrazac za zabranu ulaska navodeći, među ostalim, i podatke iz dokumenta kojim se državljaninu treće zemlje zabranjuje ulazak te razloge zabrane.

21 Čl. 14. st. 2. Uredbe (EU) 2016/399.

22 Osobe kojima se zabrani ulazak imaju pravo žalbe, ali žalba ne odgađa provođenje odluke o zabrani ulaska (čl. 14. st. 3. Uredbe (EU) 2016/399).

23 Non-EU citizens refused entry into the EU, Statistics on enforcement of immigration legislation,

2017. zabranjen ulazak 439 505 državljana trećih zemalja,²⁴ od kojih se 12.9 % odnosi na zabrane ulaska naložene na graničnim prijelazima u zračnim lukama. Po broju naloženih zabrana ulaska u EU za državljane trećih zemalja, najviše je mjera izrečeno na graničnim prijelazima u zračnim lukama Francuske, Ujedinjenog Kraljevstva, Italije, Španjolske, Njemačke, Irske, Portugala, Nizozemske i Belgije,²⁵ a zabrane su izricane zbog: a) nevažeće vize ili nevažeće boravišne dozvole; b) nevažeće putne isprave; c) lažne (krivotvorene) vize ili boravišne dozvole i d) lažne (krivotvorene) putne isprave.

3. ZRAČNI PRIJEVOZ PUTNIKA BEZ ODGOVARAJUĆE PUTNE DOKUMENTACIJE / POTREBNE PUTNE ISPRAVE – PRAVNE POSLJEDICE ZA PUTNIKE I ZRAČNE PRIJEVOZNIKE

Sastavni dio prijevoznog procesa, koji se odvija na temelju sklopljenog ugovora o prijevozu putnika u zračnom prometu, obuhvaća i provođenje mjera provjere putnikovih putnih isprava koje Organizacija za međunarodno civilno zrakoplovstvo²⁶ definira kao javne isprave koje je izdala država ili organizacija koje služe za međunarodna putovanja.²⁷ Zračni je prijevoznik odgovoran za to da putnik ima važeće i vjerodostojne putne isprave za državu u koju putuje²⁸ ako ga on prevozi do tog odredišta. Važno je kako se provjera putnih isprava putnika u zračnom prijevozu odvija pri prijavi putnika na let u zračnim lukama, ali i neposredno prije ukcaja putnika u zrakoplov, čime su ovlašteni predstavnici i zaposlenici zračnoga prijevoznika prvi stupanj imigracijske kontrole.²⁹ Ako se putniku ne odobri viza za putovanje, zabranjen mu je ulazak u državu s kojom zračni prijevoznik ima uspostavljenu zračnu liniju ili postoji opravdana sumnja osoblja zračnoga prijevoznika u valjanost njegovih putnih

-
6. ožujak 2019., dostupno na: https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Statistics_on_enforcement_of_immigration_legislation#Non-EU_citizens_refused_entry_into_the_EU, posjećeno 10. ožujka 2019.).
- 24 Gotovo polovica zabrana naložena je u Španjolskoj – 203 025, Francuskoj – 86 320 te Poljskoj – 38 660 (Više vidi u: Third country nationals refused entry at the external borders – annual data, Indicator on migration – Persons refused entry, Reason – Total, 15. siječnja 2019., dostupno na: http://appsso.eurostat.ec.europa.eu/nui/show.do?dataset=migr_eirfs&lang=en, posjećeno 23. veljače 2019.).
- 25 Vidi Third country nationals refused entry at the external borders – annual data, Indicator on migration – Refused at the air border, Reason – Total, 15. siječnja 2019., dostupno na: <http://appsso.eurostat.ec.europa.eu/nui/submitViewTableAction.do>, posjećeno 23. veljače 2019.).
- 26 Engl. *International Civil Aviation Organisation*, u daljnjem tekstu: ICAO specijalizirana je agencija Ujedinjenih naroda utemeljena 1944. godine u cilju razvoja civilnoga zrakoplovstva u svijetu unaprjeđujući sigurnost letenja u međunarodnoj zračnoj plovidbi. Danas su više od 190 država svijeta članice ICAO-a.
- 27 Peroš, J., Mršić, G., Škavić, N., Uvođenje biometrije u putne isprave, Policija i sigurnost, Zagreb, vol. 21., 2/2012., str. 327.
- 28 Više vidi u: Boccardi, I., *Europe and Refugees: Towards an EU Asylum Policy*, Kluwer Law International, 2002., str. 47.
- 29 Rodenhäuser, T., Another Brick in the Wall: Carrier Sanctions and the Privatization of Immigration Control, *International Journal of Refugee Law*, vol. 26., 2/2014., str. 228.

isprava - putnik će biti onemogućen ukrcati se u zrakoplov. Ako propustom zračnog prijevoznika u provođenju mjera provjere putnikovih putnih isprava ipak dođe do prijevoza putnika, zračni će prijevoznik snositi novčane sankcije.³⁰

3.1. Uskraćivanje ukrcaja putniku bez odgovarajuće (adekvatne) putne dokumentacije

Pored mnogobrojnih mjera koje je poduzeo EU u osiguravanju funkcionalne migracijske politike i smanjenja nezakonite migracije u EU, važna je aktivnost usmjerena i na osiguravanje visoke razine zaštite prava putnika (kao slabije ugovorne strane) u slučaju povrede obveza iz ugovora o prijevozu putnika zrakom, sklopljenog između putnika i zračnoga prijevoznika. Neovisno o činjenici je li neka osoba državljanin države članice EU-a ili treće zemlje, kao putnik ostvaruje pravnu zaštitu prema rješenjima Uredbe (EU) br. 261/2004.³¹ Predmetna rješenja primjenjuju se na putnike koji putuju iz zračne luke u EU-u, ali i na putnike koji putuju iz treće zemlje u zračnu luku države članice EU-a, ako je riječ o prijevozniku Zajednice (zračnom prijevozniku koji ima važeću operativnu licenciju koju je izdala država članica EU-a).³²

Veliki je doprinos rješenja Uredbe (EU) 261/2004 što propisuju minimalna prava putnika u slučaju uskraćenog ukrcaja,³³ tj. kada putnik ima potvrđenu rezervaciju³⁴ za određeni let (i prijavio se za taj let kako je navedeno na putnoj karti)³⁵ ili ga premjesti zračni prijevoznik ili *tour* operator s leta za koji je imao rezervaciju na drugi let, osim ako su opravdani razlozi (zdravstveni, sigurnosni ili neodgovarajuća putna dokumentacija)

30 Više vidi poglavlje 3.2. te Baird, T., *Carrier Sanctions in Europe: A Comparison of Trend sin 10 Countries*, *European Journal of Migration and Law*, 19/2017., str. 308–334.

31 Uredba (EU) br. 261/2004 Europskog parlamenta i Vijeća od 11. veljače 2004. god. o utvrđivanju općih pravila odštete i pomoći putnicima u slučaju uskraćenog ukrcaja i otkazivanja ili dužeg kašnjenja leta u polasku (SL L 46, 17. veljače 2004. godine, str.1-8), u daljnjem tekstu: Uredba (EU) 261/2004.

32 Čl. 2. st. 1. pod c) Uredbe (EU) 261/2004. Više vidi u: Radionov, N.; Savić, I., *Prava putnika u slučaju uskraćenog ukrcaja, otkazanog leta ili dužeg kašnjenja leta (I. dio)*, *Hrvatska pravna revija*, Zagreb, rujan 2009., str. 30.

33 Ne postoje javno dostupni statistički podatci o uskraćenim ukrcajima putnika od strane europskih zračnih prijevoznika. Razlog tomu jest činjenica da predmetnim podacima raspolažu zračni prijevoznici koji nisu obvezni izrađivati statističke tablice o broju putnika kojima je uskraćen ukrcaj. Podatke, koji su isključivo njima poznati, ne objavljuju javno, opravdavajući postupanje poslovnom strategijom (više vidi u: *Communication from the Commission to the European Parliament and the Council pursuant to Article 17 of Regulation (EC) No 261/2004 on the operation and the results of this Regulation establishing common rules on compensation and assistance to passengers in the event of denied boarding and of cancellation or long delay of flights*, 4. April 2007. {SEC(2007) 426}, COM/2007/0168 final, pod 4.1.1., dostupno na: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=COM:2007:0168:FIN>, posjećeno 25. ožujka 2019.).

34 Prema odredbi čl. 2. st. 1. pod g) Uredbe (EU) br.261/2004, rezervacija znači da putnik ima kartu ili drugi dokaz koji ukazuje da je rezervaciju prihvatio i potvrdio zračni prijevoznik ili *tour* operator.

35 Ako vrijeme nije navedeno, prijavljuje se za let ne kasnije od 45 minuta prije objavljenoga vremena polaska.

uskraćivanja ukrcaja putnika na let.³⁶ Prema odredbi čl. 4. st. 3. Uredbe (EU) 261/2004, u slučaju uskrate ukrcaja putniku protiv njegove volje, zračni prijevoznik mu je dužan odmah: a) nadoknaditi štetu u skladu s čl. 7. (pravo na odštetu)³⁷ i b) pružiti pomoć prema čl. 8. i 9. (pravo na povrat novca za kartu ili pravo na preusmjeravanje te pravo na skrb). No, na temelju odredbe čl. 2. st. 1. pod j) Uredbe (EU) 261/2004, uvidamo kako se neće raditi o uskraćenom ukrcaju putnika ukoliko je do uskrate ukrcaja došlo zbog opravdanog razloga, tj. neodgovarajuće putne dokumentacije putnika. Iako ne postoji definicija što se smatra neodgovarajućom putnom dokumentacijom, neupitno je riječ o širem poimanju u odnosu na „neodgovarajuća putna isprava“ koje bi svakako trebalo obuhvatiti nevažeće ili krivotvorene putovnice i/ili vize, ali i nevaljano odobrenje putovanja za državljane trećih zemalja koji su izuzeti od posjedovanja viza za putovanje u zemlje schengenskoga prostora. Naime, odredbom čl. 45. Uredbe (EU) 2018/1240 propisana je obveza zračnih prijevoznika provesti provjeru (putem portala za prijevoznike informacijskog sustava ETIAS) valjanog odobrenja putovanja za državljane trećih zemalja koji su izuzeti od posjedovanja viza za putovanje u zemlje schengenskoga prostora prije njihova ukrcaja na let.³⁸ Neodgovarajuća putna dokumentacija opravdani je razlog uskraćivanja ukrcaja putnika prema rješenjima Uredbe (EU) 261/2004 stoga putnik neće imati prava zajamčena čl. 4. Uredbe (EU) 261/2004.

Kako bi se osigurala učinkovitija i dosljednija primjena pravila Uredbe (EU) 261/2004, 15. lipnja 2016. godine donesene su Smjernice³⁹ koje ne sadrže nova pravna rješenja, ali pridonose boljoj primjeni i provedbi rješenja Uredbe (EU) 261/2004. Smjernicama je propisano kako će se uskraćivanjem ukrcaja smatrati i slučaj uskrate ukrcaja putniku zbog pogreške zemaljskog osoblja pri provjeri njegovih putnih isprava (uključujući vize).⁴⁰ Dakle, ako je putniku neopravdano uskraćen ukrcaj zbog pogreške zemaljskog osoblja pri provjeri njegovih putnih isprava (uključujući vize) – putnik će imati pravo na naknadu štete u iznosu od 250, 400 ili 600 eura ovisno o

36 Čl. 2. st. 1. pod j) Uredbe (EU) 261/2004. Više vidi u: Goretta Sanches Lima, M., *Traveller Vulnerability in the Context of Travel and Tourism Contracts*, Springer, 2018., str. 116-117.

37 Prema odredbi čl. 7. st. 1. Uredbe (EU) 261/2004, u slučaju uskraćivanja ukrcaja putnik ima pravo na paušalni iznos naknade štete u visini od 250 eura za sve letove udaljenosti od 1 500 km ili kraće; 400 eura za sve letove unutar EU-a udaljenosti duže od 1 500 km i za sve druge letove udaljenosti od 1 500 km do 3 500 km; ili 600 eura za sve letove udaljenosti duže od 3 500 km izvan EU-a.

38 Iznimno, ta obveza zračnih prijevoznika neće postojati u slučaju zrakoplovnog tranzita (čl. 45. st. 2. Uredbe (EU) 2018/1240).

39 Smjernice za tumačenje Uredbe (EU) br. 261/2004 Europskog parlamenta i Vijeća o utvrđivanju općih pravila odštete i pomoći putnicima u slučaju uskraćenog ukrcaja i otkazivanja ili dužeg kašnjenja leta u polasku te Uredbe Vijeća (EZ) br. 2027/97 o odgovornosti zračnih prijevoznika u slučaju nesreća kako je izmijenjena Uredbom (EZ) br. 889/2002 Europskog parlamenta i Vijeća (SL EU, C 214, 15. lipnja 2016. godine, str. 5-21.), dalje: Smjernice.

40 Kako bi se spriječilo neopravdano uskraćivanje ukrcaja putnicima, zračni prijevoznik bi se trebao u potpunosti koristiti bazom podataka *Timatic* i savjetovati se s javnim tijelima (veleposlanstva i ministarstva vanjskih poslova) dotičnih zemalja kako bi provjerio putne isprave i zahtjeve za (ulaznu) vizu za određene zemlje. Države članice morale bi se pobrinuti da pruže IATA-u/*Timaticu* sveobuhvatne i ažurirane podatke u pogledu putne dokumentacije, posebno u pogledu zahtjeva za vizu ili izuzimanja od tog zahtjeva (pod 3.1.3. Smjernica).

udaljenosti planiranog leta. Predmetna rješenja Smjernica nikako ne dovode u pitanje tumačenja europskih pravnih normi pred Europskim sudom pravde (engl. *The Court of Justice of the European Union*, u daljnjem tekstu: Sud EU-a)⁴¹ budući da je jedini nadležan za davanje mišljenja o tumačenju, valjanosti i primjeni prava EU u svojim interpretativnim presudama. U poimanju uskraćenog ukrcaja iz čl. 2. st. 1., pod j) Uredbe (EU) 261/2004 pred Sudom EU-a pokrenut je postupak povodom prethodnih pitanja koja je 19. rujna 2018. uputio ciparski sud (*Eparchiako Dikastirio Larnakas*, Cipar) u predmetu *tužitelja D. Z. protiv tuženika Blue Air – Airline Management Solutions S.R.L.*,⁴² a kojemu je tumačenje europske pravne stečevine Suda EU-a CJEU važno za donošenje odluke. Upravo ciparska sudska praksa ukazuje na problematiku koju analiziramo u radu. Ona se odnosi na slučaj u kojem je zračni prijevoznik u zračnoj luci države članice polazišta uskratio ukrcaj putniku pozivajući se na činjenicu kako tijela države članice odredišta uskraćuju dopuštenje njegova ulaska u tu državu zbog navodnoga nepostojanja vize za ulazak. Ciparski je sud postavio Sudu EU-a zahtjev za tumačenjem EU prava postavljajući, *inter alia* i, sljedeća prethodna pitanja: 1. *Može li zračni prijevoznik, izravno i/ili putem svojih ovlaštenih predstavnika i zaposlenika, uskratiti ukrcaj državljaninu treće države na temelju odluke tijela države članice odredišta o uskrati ulaska na područje navedene države članice, a da pritom tom državljaninu prethodno nije izdana ili/i uručena nikakva pisana obrazložena odluka o zabrani ulaska (vidjeti čl. 14. st. 2. Uredbe (EU) 2016/399)?*⁴³ 2. *Treba li čl. 2. st. 1. pod j) Uredbe (EU) 261/2004 tumačiti na način da je iz njegova područja primjene isključen slučaj uskraćenog ukrcaja putnika kad god to odluči zračni prijevoznik zbog navodnih „neadekvatnih putnih isprava”? Je li pravilno tumačenje u skladu s kojim uskraćeni ukrcaj ulazi u područje primjene te uredbe ako sud na temelju posebnih okolnosti svakog pojedinog slučaja odluči da su putne isprave bile prikladne i da je uskraćeni ukrcaj bio neopravdan ili nezakonit zbog povrede prava Unije?* Postupak pred Sudom EU-a u slučaju C-584/18 još uvijek je u tijeku. Donesena presuda bit će obvezujuća za sve države članice EU-a te će nacionalni sudovi biti obvezni slijediti njegova tumačenja rješavajući predmete u kojima se predmetna pitanja europskoga prava javljaju kao relevantna.

Odluku o uskrati ukrcaja putniku bez odgovarajuće putne dokumentacije donosi osoblje zračnog prijevoznika procjenjujući vjerodostojnost i valjanost putnikovih putnih isprava, među ostalim, uporabom mnogobrojnih tehnoloških mehanizama (baze podataka o originalnim i krivotvorenim putnim ispravama,⁴⁴ javnog internetskog

41 Sud EU-a, kao najviše sudsko tijelo EU-a, ne odlučuje o valjanosti nacionalnih propisa država članica EU, no njegova tumačenja europskoga prava ima učinke *erga omnes*.

42 Predmet C-584/18, SL C 445, 10. prosinca 2018. godine, str. 5-6.

43 Više vidi objašnjenje sadržano u poglavlju 2.1.

44 Engl. *False and Authentic Documents Online*, u daljnjem tekstu: FADO, sustav je slikovnog arhiviranja, koji je u primjeni od 10. prosinca 1998. omogućavajući brzu razmjenu slika originalnih, krivotvorenih i lažnih isprava među državama članica EU-a, u cilju borbe protiv nezakonite migracije i korištenja lažnih isprava (tako prema Borba protiv prijevare ispravama: FADO sustav slikovnog arhiviranja, 23. kolovoza 2016., dostupno na: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/HTML/?uri=LEGISSUM:133075&from=EN>, posjećeno 19. ožujka 2019.).

registra vjerodostojnih osobnih i putnih isprava država članica EU-a, Islanda, Norveške i Švicarske;⁴⁵ baze podataka IATA – Timatic⁴⁶ i dr.) i uspostavom izravne komunikacije s nadležnim veleposlanstvima i ministarstvima vanjskih poslova države polazišta i države odredišta. S obzirom na to da se Uredba (EU) 261/2004 primjenjuje i na putnike koje prijevoznik (licenciran u državi članici EU-a) prevozi iz treće zemlje u državu članicu EU-a, važno je osigurati infrastrukturne resurse i raspoloživo zemaljsko osoblje za prihvat putnika u trećim državama koji će biti osposobljeni za provođenje sve složenijih europskih sigurnosnih standarda provjere putnih isprava putnika.

3.2. Izricanje financijskih sankcija zračnim prijevoznicima zbog prijevoza putnika bez potrebnih putnih isprava

U cilju potpore uspostavljanja i poticanja razvoja međunarodnoga civilnog zrakoplovstva još je 7. prosinca 1944. donesena Međunarodna konvencija o civilnom zrakoplovstvu⁴⁷ kao temeljni pravni instrument regulacije međunarodnog javnog zračnog prava.⁴⁸ Čikaška konvencija u čl. 13. propisuje obvezu putnika u zračnom prijevozu pri ulasku, izlasku ili boravku na teritoriju države ugovornice te konvencije pridržavati se zakona i propisa o ulasku i izlasku putnika u/iz teritorija te države.

Sastavni je dio Čikaške konvencije Prilog 9. „Olakšice“,⁴⁹ koji se odnosi na međunarodne standarde i preporučenu praksu odgovarajuće granične kontrole prilagođene obavljanju zračnog prijevoza,⁵⁰ a čije provođenje trebaju osigurati države ugovornice. Na temelju tih pravnih rješenja, putnik je obavezan pridržavati se propisa

45 Engl. *Public Register of Authentic identity and travel Document Online*, u daljnjem tekstu: PRADO, omogućava jednostavan internetski pristup slikama i tehničkim opisima najčešće upotrebljavanih putnih isprava (Javni internetski registar vjerodostojnih osobnih i putnih isprava - PRADO, 29. svibnja 2018., dostupno na: <https://www.consilium.europa.eu/hr/documents-publications/publications/prado-do-you-check-identities-or-identity-documents/>, posjećeno 19. ožujka 2019.).

46 *Timatic* baza podataka (engl. *Travel Information Manual Automatic*, u daljnjem tekstu: Timatic) omogućava zračnim prijevoznicima da pri prijavi putnika na let provjere posjeduje li putnik odgovarajuće putne isprave za destinaciju u koju zračni prijevoznik vrši prijevoz putnika (prema zahtjevima koje ta država propisuje za ulazak na njezino državno područje) i za državu preko koje se odvija zračni prijevoz (više vidi u: *Travel Information Manual*, dostupno na: <https://www.iata.org/publications/timatic/Pages/tim.aspx>, posjećeno 2. ožujka 2019.).

47 Engl. *The Convention on International Civil Aviation*, dalje: Čikaška konvencija, stupila je na snagu 4. travnja 1947. Čikašku konvenciju potpisale su 52. države, a do ožujka 2019. prihvatile su je 192 države svijeta (više vidi *Convention on International Civil Aviation*, dostupno na: https://www.icao.int/secretariat/legal/List%20of%20Parties/Chicago_EN.pdf, posjećeno 17. siječnja 2019.).

48 Savić, I., *Zračni promet*, u: *Europsko prometno pravo*, Pravni fakultet u Zagrebu, Zagreb, 2011., str. 338. Više o Čikaškoj konvenciji vidi u: Weber, L., *The Chicago Convention*, u: *Routledge Handbook of Public Aviation Law*, Routledge, 2016., str. 9-32.

49 Annex 9 to the *Convention on International Civil Aviation*, 15 izdanje, 23. listopada 2017., u primjeni od 23. veljače 2018., dostupno na: https://www.icao.int/WACAF/Documents/Meetings/2018/FAL-IMPLEMENTATION/an09_cons.pdf, posjećeno 19. ožujka 2019.), u daljnjem tekstu: Prilog 9. Čikaške konvencije.

50 Standard 3.1. Prilog 9. Čikaške konvencije.

u svezi s posjedovanjem putne dokumentacije (putovnice, vize) koje su neophodne za ulazak u zemlju u koju putuje (zemlju odredišta). Prema rješenjima Priloga 9. Čikaške konvencije država ugovornica obvezna je pomoći zračnim prijevoznicima u provjeri putnikove putne dokumentacije u cilju utvrđivanja njihove zloupotrebe i krivotvorenja.⁵¹ No, zračni je prijevoznik obvezan poduzeti sve potrebne mjere prije ukrcaja putnika kako bi se uvjerio da putnik posjeduje dokumentaciju koju zemlja tranzita ili zemlja odredišta zahtijeva u pogledu granične kontrole.⁵²

Odredba čl. 13. Čikaške konvencije začetak⁵³ je odredaba o propisivanju sankcija za zračne prijevoznike.⁵⁴ Naime, još je standardom 3.36. Priloga 9. Čikaške konvencije iz 1990.⁵⁵ predviđena mogućnost izricanja sankcija zračnom prijevozniku koji je prevezao putnika bez odgovarajuće putne dokumentacije ako se dokaže njegova nepažnja glede vršenja provjere odgovara li putna dokumentacija putnika zahtjevima za ulazak države odredišta. Izricanje sankcija bilo je dopušteno samo ako dokazi upućuju na to da je prijevoznik bio nemaran u obavljanju svojih zadaća kontrole dokumenata.⁵⁶ Iako međunarodni standardi i preporučene prakse Priloga 9. Čikaške konvencije nemaju obvezujući karakter, usklađeni pristup njihovoj učinkovitoj provedbi dužnost je svih država članica EU-a koje su stranke navedene konvencije.⁵⁷

Pravnu osnovu za uvođenje sankcija prijevozniku u pogledu prijevoza putnika bez odgovarajuće putne dokumentacije možemo pronaći u europskim pravnim rješenjima Schengenske konvencije koja odredbom čl. 26. st. 2. propisuje dužnost država stranaka Schengenske konvencije propisati sankcije⁵⁸ za one prijevoznike⁵⁹ koji prevoze strance⁶⁰ morskim ili zračnim putem iz trećih država⁶¹ na državna

51 Standard 3.32. Prilog 9. Čikaške konvencije.

52 Standard 3.34. Prilog 9. Čikaške konvencije. Detaljnije vidi: Klein, N., *International migration by sea and air*, u: *Foundations of International Migration Law*, Cambridge University Press, 2012., str. 266; Menz, G., *Neoliberalism, Privatisation and the Outsourcing of Migration Management: A Five Country Comparison, Competition and Change*, vol. 15., 2/2011., str. 11; Abeyratne, R., *Aviation Trends in the New Millennium*, Routledge, 2001., str. 103-122.

53 Začetak odredaba o prijevoznikovim sankcijama za putnike koje je prevezao bez odgovarajućih putnih isprava seže još iz Zakona o strancima Ujedinjenog Kraljevstva iz 1793. godine, ali su predmetne odredbe bile mjerodavne samo za prijevoz putnika morem, Başaran, E., *Evaluation of the „Carriers' Liability“ Regime as a Part of the EU Asylum Policy under Public International Law*, *Uluslararası Hukuk ve Politika*, 15/2008., str. 152.

54 Više o pojmu „prijevoznikovih sankcija“ vidi u Bloom, T., Risse, V., *Examining hidden coercion at state borders: why carrier sanctions cannot be justified*, *Ethics & Global Politics*, vol. 7., 2/2014., str. 65.

55 Prilog 9. Čikaške konvencije iz 1990., 9. izdanje, u primjeni od 15. studenog 1990. godine.

56 Boccardi, I., *op. cit.*, str. 54.

57 RH je stranka Čikaške konvencije od 8. srpnja 1992. (vidi Odluku o objavljivanju multilateralnih međunarodnih ugovora kojih je RH stranka na temelju pristupa (akcesije), NN, MU, br. 6/94).

58 Više o sankcijama prijevoznika kao standardnim kontrolnim mehanizmima vidi u: Mau, S., Brabant, H., Laube, L., Roos, C., *Liberal States and the Freedom of Movement: Selective Borders, Unequal Mobility*, Palgrave Macmillan, 2001., str. 95.

59 Prijevoznik je fizička ili pravna osoba koja pruža usluge putničkog prijevoza zrakom, morem ili kopnom (čl. 1. Schengenske konvencije).

60 Stranac je svaka osoba koja nije državljanin države članice EU-a (čl. 1. Schengenske konvencije). U daljnjem tekstu: državljanin treće zemlje.

61 Treća država je država koja nije ugovorna stranka (čl. 1. Schengenske konvencije).

područja ugovornih stranaka ako te osobe ne posjeduju potrebne putne isprave (čl. 26. st. 2. Schengenske konvencije).⁶² Ponajprije je riječ o pravnoj normi koja propisuje prijevoznikovu odgovornost poduzeti sve potrebne mjere⁶³ kako bi osigurao da državljani treće zemlje koji se prevozi zračnim putem posjeduju putne isprave koje su potrebne za ulazak na državna područja ugovornih stranaka⁶⁴ (ne i odgovornost prijevoznika provjeriti autentičnost putnih isprava!).⁶⁵ Na nacionalnoj razini, Francuska je zahtijevala provjeru vjerodostojnosti i valjanosti putnih isprava prijevoznika (uključujući procjenu nezakonitosti: lažno predstavljanje, krivotvorenje ili istek roka važenja) dok je Španjolska predviđjela obvezu prijevoznika osposobiti svoje zaposlenike za prepoznavanje krivotvorenih dokumenata.⁶⁶

Odredba čl. 26. st. 2. Schengenske konvencije omogućila je državama ugovornicama propisati sankcije prijevozniku koji preveze državljanina treće zemlje bez potrebnih putnih isprava. Budući da Schengenskom konvencijom nije detaljnije određeno o kojoj vrsti sankcija može biti riječ, na državama je ugovornicama sloboda izbora propisivanja upravnih, kaznenih ili drugih sankcija. Predmetna rješenja Schengenske konvencije dopunjena su rješenjima Direktive 2001/51/EZ⁶⁷ koja su imala za cilj uskladiti iznose novčanih kazni za prijevoznike⁶⁸ koji prevoze

62 Više vidi u: Puntervold Bø, B., *Recent tendencies in immigration control policies in Europe: undermining legal safeguards and refugee protection?*, u: *Migration and Mobility in Europe: Trends, Patterns and Control*, Edward Elgar Publishing, 2009., str. 280.

63 Zračni prijevoznici sami određuju koje će mjere nadzora provesti te način njihove provedbe.

64 Čl. 26. st. 1. pod b) Schengenske konvencije. Više vidi u: Cholewinski, R., *The EU Acquis on Irregular Migration: Reinforcing Security at the Expense of Rights*, *European Journal of Migration and Law*, 2/2000., str. 382.

65 Tako prema Cruz, A., *Carrier Sanctions in Four European Community States: Incompatibilities between International Civil Aviation and Human Rights Obligations*, *Journal of Refugee Studies*, vol. 4., 1/1991., str. 77; Feller, E., *Carrier Sanctions and International Law*, *International Journal of Refugee Law*, vol. 1., 1/1989., str. 55.

66 Tako prema mišljenju nezavisnog odvjetnika Y. Bota od 6. rujna 2018. o zahtjevu za prethodnu odluku koji je uputio *Bundesverwaltungsgericht* (Spojeni predmeti C-412/17 i C-474/17, *Bundesrepublik Deutschland protiv Touring Tours und Travel GmbH i Sociedad de Transportes SA*, ECLI:EU:C:2018:1005), pod 96. Također, u studenom 2002. austrijski žalbeni sud ukinuo je presudu prvostupanjskog suda koji je izrekao novčanu kaznu (u iznosu od 36.000 eura) zračnom prijevozniku zbog toga što je prevezao u Austriju 12 putnika s manjkavim putnim ispravama. Žalbeni je sud obrazložio kako se ne može očekivati od zračnih prijevoznika otkrivanje krivotvorenih putnih isprava budući da je njih često teško razlikovati od autentičnih (vjerodostojnih). Ovo obrazloženje slijedi odluku austrijskog Ustavnog suda iz listopada 2001. koji je proglasio relevantne odredbe austrijskoga Zakona o strancima iz 1997. ništetnim, budući da se predmetnim odredbama ne propisuje koje su točno obveze obvezni ispuniti zračni prijevoznici pri prijevozu putnika u Austriju (vidi presudu G224/01 i dr. austrijskog Ustavnog suda – VfGH Erkenntnis vom 1. Oktober 2001, *Case Regarding Carrier Responsibilities*, Austria, *Verfassungsgerichtshof*, 1. listopada 2001. godine, dostupno na: <https://www.refworld.org/pdfid/3deb7cf94.pdf>, posjećeno 30. ožujka 2019.). Sianni, A., *Interception Practices in Europe and Their Implications*, *Refugee, Canada's Journal of Refugees*, vol. 21., 4/2003., str. 28.

67 Direktiva 2001/51/EZ od 28. lipnja 2001. o dopuni odredaba članka 26. Konvencije o primjeni Sporazuma iz Schengena od 14. lipnja 1985. (SL L 187, 10. srpnja 2001. godine, str. 45-46, na snazi od 9. kolovoza 2001.), u daljnjem tekstu: Direktiva 2001/51/EZ.

68 Vidi Brouwer, A.; Kumin, J., *Interception and Asylum: When Migration Control and Human*

putnike bez potrebnih putnih isprava (a koje su do tada primjenjivale države članice schengenskoga prostora).⁶⁹ Europski zakonodavac propisao je obvezu država članica poduzeti potrebne mjere kako bi osigurale da su sankcije primjenjive na prijevoznike u skladu s odredbama čl. 26. st. 2. Schengenske konvencije učinkovite i proporcionalne te da: a) najviši iznos primjenjive novčane kazne⁷⁰ za svaku prevezenu osobu ne bude niži od 5 000 eura; ili b) najniži iznos tih kazni za svaku prevezenu osobu nije niži od 3 000 eura; ili c) najviši iznos novčane kazne, propisan kao paušalni iznos za svako kršenje, ne bude niži od 500 000 eura, bez obzira na broj prevezenih osoba.⁷¹ Od 2000. do 2014. godine, u Europi je broj izrečenih novčanih kazni (zračnim prijevoznicima koji su prevezli putnike bez potrebne putne isprave) bio u stalnom porastu u Njemačkoj,⁷² Francuskoj, Grčkoj, Španjolskoj i Italiji, dok se znatno smanjio broj u Malti, Nizozemskoj i Ujedinjenom Kraljevstvu.⁷³ Važno je uočiti kako je europski zakonodavac propisao pravo država članica EU-a propisati ili zadržati već postojeće mjere koje uključuju sankcije druge vrste (npr. zabranu nastavka vožnje, oduzimanje ili zapljenu prijevoznoga sredstva te privremeno ili trajno oduzimanja dozvole za obavljanje djelatnosti) za prijevoznike koji ne poštuju obveze iz odredaba čl. 26. st. 2. Schengenske konvencije.⁷⁴

Rights Collide, *Refuge*, vol. 21., 4/2003., str. 10; Rodenhäuser, T., op. cit., str. 229; McNamara, F., *Member State Responsibility for Migration Control within Third States – Externalisation Revisited*, *European Journal of Migration and Law*, vol. 15., 3/2013., str. 331. Više o prijevoznikovim sankcijama kao uobičajenim mehanizmima novijeg datuma vidi u Costello, C., *Refugees and (Other) Migrants: Will the Global Compacts Ensure Safe Flight and Onward Mobility for Refugees?*, *International Journal for Refugee Law*, vol. 20., 20/2018., str. 5.

69 Od 1987. godine Belgija, Danska, Njemačka i Ujedinjeno Kraljevstvo su u nacionalna zakonodavstva primijenili odredbe o prijevoznikovim sankcijama u slučaju prijevoza putnika bez valjane vize ili putne isprave (više vidi u Cruz, A., op. cit., str. 63-73; o prijevoznikovim sankcijama u Austriji, Grčkoj, Francuskoj, Italiji, Nizozemskoj i Portugalu vidi Amnesty International, *No Flights to Safety, Carrier Sanctions*, ACT 34/21/97, studeni 1997., str. 3-7, dostupno na: <https://www.amnesty.org/download/Documents/156000/act340211997en.pdf>, posjećeno 15. siječnja 2019.). O normativnom uređenju prijevoznikovih sankcija u zakonodavstvu Kanade, Brazila, Tajlanda, Novog Zelanda i SAD-a vidi Feller, E., op. cit., str. 50.

70 Više vidi kod Bašaran, E., op. cit., str. 152.

71 Čl. 4. Direktive 2001/51/EZ. Novčani iznos od 3.000 eura, 5.000 ili 500.000 eura može odgovarati iznosu u nacionalnoj valuti prema tečaju objavljenome u *Službenome listu Europske unije*.

72 U Njemačkoj su zračnim prijevoznicima izricane novčane kazne u iznosu od 1.000 do 5.000 eura za svakog migranta koji je pokušao ući u EU nezakonito te su samo u 2010. poduzete takve mjere protiv 15 zračnih prijevoznika, kojima je izrečena novčana kazna u iznosu više od 1.5 milijuna eura (tako prema *European Migration Network Synthesis Report - Practical Measures to Reduce Irregular Migration*, listopad 2012., str. 23, dostupno na: https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/networks/european_migration_network/reports/docs/emn-studies/irregular-migration/00a_emn_synthesis_report_irregular_migration_october_2012_en.pdf, posjećeno 15. ožujka 2019.).

73 Više vidi u Baird, T., op. cit., str. 320. Detaljnije o iznosima novčanih sankcija zračnih prijevoznika u pojedinim europskim državama. vidi Cholewinski, R., op. cit. str. 382-383; Menz, G., op. cit., str. 12-13.

74 Čl. 5. Direktive 2001/51/EZ.

Početak primjene ETIAS-a (1. siječnja 2021.) zračni prijevoznici će biti podložni izricanju sankcija iz čl. 26. st. 2. Schengenske konvencije i čl. 4. Direktive 2001/51/EZ i u slučajevima prijevoza državljanina treće zemlje, ako on neće imati valjano odobrenje putovanja. Uviđamo kako se europski zakonodavac opredijelio za pravnu terminologiju valjanog odobrenja putovanja kao „potrebne putne isprave“.⁷⁵ No, ako za toga državljanina treće zemlje zračni prijevoznik već podliježe prethodno navedenim sankcijama jer ga je prevezao bez potrebne putne isprave, neće im se moći izreći sankcija i u slučaju prijevoza državljanina treće zemlje bez valjanog odobrenja putovanja. Dakle, do primjene sankcija zračnom prijevozniku će doći jedino ako zračni prijevoznik preveze državljanina treće zemlje s valjanom i vjerodostojnom putovnicom ili drugom putnom ispravom, ali bez valjanog odobrenja putovanja.⁷⁶

4. ZAKLJUČAK

Najveća pojedinačna mjesta ulaska državljanina trećih zemalja u EU su granični prijelazi u međunarodnim zračnim lukama preko kojih, zbog ubrzanog razvoja zračnog prijevoza putnika, svakodnevno prelaze milijuni ljudi. S obzirom na to da je posjedovanje valjane putne isprave jedan od uvjeta prelaska vanjskih granica EU-a, u radu je analizirana aktualna problematika omogućavanja zračnim prijevoznicima uskratiti ukrcaj na let putniku s „neodgovarajućom putnom dokumentacijom“ koja, kao opravdani razlog uskrate ukrcaja na let, onemogućava putnika u ostvarivanju zajamčenih minimalnih prava prema rješenjima Uredbe (EU) 261/2004. Iznoseći najnovija tumačenja Smjernica iz 2016. godine ukazano je na pitanja sposobnosti ovlaštenog osoblja zračnog prijevoznika procjene (ali i kvalitete procjene) putnikove putne dokumentacije kao „neodgovarajuće“ i pravnih posljedica njihove pogrešne procjene. Budući da na međunarodnoj i europskoj razini ne postoji pojmovno određenje „neodgovarajuće putne dokumentacije“ omogućeno je šire tumačenje koje, prema stajalištu autorice, uključuje slučaje nevažeće, nevjerodostojne i nedostadne putne dokumentacije. To neupitno podrazumijeva i veću odgovornost ovlaštenog osoblja zračnog prijevoznika koje, u provjeri putnikovih putnih isprava, raspolaže s manje stručnoga znanja u odnosu na nadležne službenike graničnoga nadzora. Budući da u slučaju pogreške osoblja zračnoga prijevoznika (neopravdanog uskraćivanja ukrcaja na let) putnik ima pravo na naknadu štete u iznosima od 250 do 600 eura (ovisno o udaljenosti planiranog leta), provođenje postupaka provjere putnih isprava zračnim je prijevoznicima znatan financijski trošak u pogledu nužnog, stalnog provođenja kvalitetne edukacije i stručnog osposobljavanja osoblja zračnog prijevoznika na šalterima za prijavu putnika (provjera putnih isprava putnika pri prijavi na let) i kabinskog osoblja (provjera putnih isprava putnika pri ukrcaju putnika u zrakoplov).

Pored ukazivanja na problematiku neodgovarajuće putne dokumentacije s aspekta uskraćivanja ukrcaja putniku prema odredbama Uredbe (EU) 261/2004,

75 Autorica ukazuje kako predmetno rješenje nije odgovarajuće budući da valjano odobrenje putovanja ne možemo smatrati putnom ispravom (vidi čl. 3. st. 1. t. 10. Uredbe (EU) 2018/1240) već putnom dokumentacijom.

76 Više vidi čl. 45. st. 5. i 6. Uredbe (EU) 2018/1240.

u radu je dana posebna pozornost analizi rješenja Schengenske konvencije koja propisuju obvezu zračnog prijevoznika provjeriti posjeduje li putnik „potrebne putne isprave“, ali ne i provjeriti njihovu valjanost i vjerodostojnost. Polazeći od modernih pravnih izazova odvijanja sigurnoga civilnog zrakoplovstva, autorica iznosi pravnu problematiku tumačenja opsega provođenja provjere *potrebnih putnih isprava* putnika (npr. putovnice i/ili druge ekvivalentne isprave u koju se može staviti viza) prema Schengenskoj konvenciji i Direktivi 2001/51/EZ ili provjere *odgovarajuće putne dokumentacije* putnika (koje po stajalištu autorice obuhvaća i provjeru valjanog odobrenja putovanja, ali i slučajeve provjere valjanosti i vjerodostojnosti putne dokumentacije uključujući i putne isprave) prema rješenjima Uredbe (EU) 261/2004. Različite pravne posljedice za zračne prijevoznike u slučaju prijevoza putnika bez potrebnih putnih isprava (izricanje sankcija, obvezi vraćanja putnika te snošenja troškova njegova izručenja) i uskrate ukrcaja putniku s neodgovarajućom putnom dokumentacijom (ostvarivanje prava putnika na naknadu štete od zračnog prijevoznika ako se utvrdi da je pogreškom njegova osoblja putniku uskraćen ukrcaj na let zbog neodgovarajuće putne dokumentacije) ukazuju na važnost nužnog ujednačavanja pravne terminologije (ili definiranja pojmova) „potrebne putne isprave“ i „neodgovarajuće putne dokumentacije“.

Rad upućuje na nepreciznost pojedinih pravnih normi i otvorena pitanja koja nisu riješena, a čijim bi se otklanjanjem pridonijelo sprječavanju njihovih neujednačenih tumačenja i različitoj primjeni u praksi. Jasan pravni okvir trebao bi osigurati pravnu sigurnost, bolju zaštitu prava putnika kao potrošača usluga zračnog prijevoza, ujednačavanju prakse provođenja provjere putnih isprava i odgovarajućoj zaštiti vanjskih granica EU-a. U ispunjavanju predmetnih ciljeva, suradnja države i zračne industrije u donošenju novih rješenja treba biti prilagođena povećanom broju sigurnosnih ugroza u zračnom prometu, masovnosti i snažnoga međunarodnog obilježja obavljanja zračnog prijevoza, ali i ostvarivanju zaštite prava putnika.

LITERATURA

Knjige i članci:

1. Abeyratne, Ruwantissa, *Aviation Trends in the New Millennium*, Routledge, 2001.
2. Abeyratne, Ruwantissa, *Strategic Issues in Air Transport: Legal, Economic and Technical Aspects*, Springer, 2012.
3. Baird, Theodore, *Carrier Sanctions in Europe: A Comparison of Trends in 10 Countries*, *European Journal of Migration and Law*, 19/2017., str. 307-334.
4. Bašaran, Ece, *Evaluation of the „Carriers' Liability“ Regime as a Part of the EU Asylum Policy under Public International Law*, *Uluslararası Hukuk ve Politika*, 15/2008., str. 149-163.
5. Bloom, Tendayi; Risse, Verena, *Examining hidden coercion at state borders: why carrier sanctions cannot be justified*, *Ethics & Global Politics*, vol. 7., 2/2014., str. 65-82.
6. Boccardi, Ingrid, *Europe and Refugees: Towards an EU Asylum Policy*, *Kluwer Law International*, 2002.
7. Brinkhoff, Susanne, *Introduction to Air Law*, u: *Introduction to Aviation Management*, Münster, LIT Verlag, 2010.
8. Brouwer, Andrew; Kumin, Judith, *Interception and Asylum: When Migration Control and Human Rights Collide*, *Refuge*, vol. 21., 4/2003., str. 6-24.

9. Cholewinski, Ryszard, The EU Acquis on Irregular Migration: Reinforcing Security at the Expense of Rights, *European Journal of Migration and Law*, vol. 2., 3-4/2000., str. 361-405.
10. Costello, Cathryn, Refugees and (Other) Migrants: Will the Global Compacts Ensure Safe Flight and Onward Mobility for Refugees?, *International Journal for Refugee Law*, vol. 20., 20/2018., str. 1-7.
11. Cruz, Antonio, Carrier Sanctions in Four European Community States: Incompatibilities between International Civil Aviation and Human Rights Obligations, *Journal of Refugee Studies*, vol. 4., 1/1991., str. 63-81.
12. Cyril, Sheila; Renzaho, André M. N., Invisible and suffering: prolonged and systematic detention of asylum seekers living in substandard conditions in Greece, u: *Globalisation, Migration and Health: Challenges and Opportunities*, World Scientific, 2016.
13. Faure Atger, Anaïs, The Abolition of Internal Border Checks in an Enlarged Schengen Area: Freedom of movement or a web of scattered security checks?, CEPS Challenge Research Paper br. 8., ožujak 2008., str. 1.-26., <<http://aei.pitt.edu/9405/2/9405.pdf>>, 15. ožujka 2019.
14. Feller, Erika, Carrier Sanctions and International Law, *International Journal of Refugee Law*, vol. 1., 1/1989., str. 48-66.
15. Goretti Sanches Lima, Maria, *Traveller Vulnerability in the Context of Travel and Tourism Contracts*, Springer, 2018.
16. Heaton, Ricou: The European Community after 1992: The Freedom of Movement of People and Its Limitations, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 25., br. 4/1992., str. 643-679.
17. Klein, Natalie, *International migration by sea and air, u: Foundations of International Migration Law*, Cambridge University Press, 2012.
18. McNamara, Frank, Member State Responsibility for Migration Control within Third States – Externalisation Revisited, *European Journal of Migration and Law*, vol. 15., 3/2013., str. 319-335.
19. Mau, Stefan; Brabandt, Heike; Laube, Lena; Roos, Christof, *Liberal States and the Freedom of Movement: Selective Borders, Unequal Mobility*, Palgrave Macmillan, 2001.
20. Menz, Georg, Neoliberalism, Privatisation and the Outsourcing of Migration Management: A Five Country Comparison, *Competition and Change*, vol. 15., 2/2011., str. 116-135.
21. Peroš, Jasminka; Mršić, Gordan; Škavić, Nevenko, Uvođenje biometrije u putne isprave, *Policija i sigurnost*, Zagreb, vol. 21., 2/2012., str. 327-347.
22. Puntervold Bø, Bente, Recent tendencies in immigration control policies in Europe: undermining legal safeguards and refugee protection?, u: *Migration and Mobility in Europe: Trends, Patterns and Control*, Edward Elgar Publishing, 2009.
23. Radionov, Nikoleta; Savić, Iva, Prava putnika u slučaju uskraćenog ukrcanja, otkazanog leta ili dužeg kašnjenja leta (I. dio), *Hrvatska pravna revija*, Zagreb, rujan 2009., str. 28-38.
24. Rodenhäuser, Tilman, Another Brick in the Wall: Carrier Sanctions and the Privatization of Immigration Control, *International Journal of Refugee Law*, vol. 26., 2/2014., str. 223-247.
25. Savić, Iva, *Zračni promet, u: Europsko prometno pravo*, Pravni fakultet u Zagrebu, Zagreb, 2011.
26. Sianni, Areti, *Interception Practices in Europe and Their Implications*, *Refugee, Canada's Journal of Refugees*, vol. 21., 4/2003., str. 25-34.
27. Vermeulen, Gert; De Bondt, Wendy, *EU Justice and Home Affairs Institutional and Policy Development*, Maklu, 2014.
28. Weber, Ludwig, *The Chicago Convention*, u: *Routledge Handbook of Public Aviation Law*, Routledge, 2016.

Vrela s interneta:

1. Amnesty International, No Flights to Safety, Carrier Sanctions, ACT 34/21/97 <<https://www.amnesty.org/download/Documents/156000/act340211997en.pdf>>, studeni 1997., 15. siječnja 2019.
2. Annex 9 to the Convention on International Civil Aviation, 15 izdanje, <https://www.icao.int/WACAF/Documents/Meetings/2018/FAL-IMPLEMENTATION/an09_cons.pdf>, 23. listopada 2017., 19. ožujka 2019.
3. Borba protiv prijevare ispravama: FADO sustav slikovnog arhiviranja, <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/HTML/?uri=LEGISSUM:133075&from=EN>>, 23. kolovoza 2016., 19. ožujka 2019.
4. Communication from the Commission to the European Parliament and the Council pursuant to Article 17 of Regulation (EC) No 261/2004 on the operation and the results of this Regulation establishing common rules on compensation and assistance to passengers in the event of denied boarding and of cancellation or long delay of flights, {SEC(2007) 426}, COM/2007/0168 final, <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=COM:2007:0168:FIN>>, 4. travnja 2007., 25. ožujka 2019.
5. European Migration Network Synthesis Report - Practical Measures to Reduce Irregular Migration, listopad 2012., <https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/networks/european_migration_network/reports/docs/emn-studies/irregular-migration/00a_emn_synthesis_report_irregular_migration_october_2012_en.pdf>, 15. ožujka 2019.
6. IATA, Passenger Experience, Global, <<https://airlines.iata.org/analysis/document-verification-travel-trouble>>, 13. listopada 2016., 1. ožujka 2019.
7. Interpol, Stolen and Lost Travel Documents, <<https://www.interpol.int/en/How-we-work/Databases/Stolen-and-Lost-Travel-Documents-database>>, 22. ožujka 2019
8. Javni internetski registar vjerodostojnih osobnih i putnih isprava - PRADO, 29. svibnja 2018., <<https://www.consilium.europa.eu/hr/documents-publications/publications/prado-do-you-check-identities-or-identity-documents/>>, 19. ožujka 2019.
9. List of third country countries whose nationals are exempted from holding a visa when crossing the external borders, <https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/borders-and-visas/visa_policy/apply_for_a_visa/docs/visa_lists_en.pdf>, 19. ožujka 2019.
10. Non-EU citizens refused entry into the EU, Statistics on enforcement of immigration legislation, <https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Statistics_on_enforcement_of_immigration_legislation#Non-EU_citizens_refused_entry_into_the_EU>, 6. ožujka 2019., 10. ožujka 2019.
11. Sekaganda, Bernard, Interpol's Tools and Services: Stolen and Lost Travel Documents Database, 2015., <https://www.icao.int/Meetings/mrtd-Nairobi-2015/Documents/12_am_8_Sekaganda.pdf>, 21. ožujka 2019.
12. Third country nationals refused entry at the external borders – annual data, Indicator on migration – Persons refused entry, Reason - Total <http://appsso.eurostat.ec.europa.eu/nui/show.do?dataset=migr_eirfs&lang=en>, 15. siječnja 2019., 23. veljače 2019.
13. Third country nationals refused entry at the external borders – annual data, Indicator on migration – Refused at the air border, Reason - Total <<http://appsso.eurostat.ec.europa.eu/nui/submitViewTableAction.do>>, 15. siječnja 2019., 23. veljače 2019.
14. *Travel Information Manual*, <<https://www.iata.org/publications/timatic/Pages/tim.aspx>>, 2. ožujka 2019.

Pravni akti:

1. Convention on International Civil Aviation <https://www.icao.int/secretariat/legal/List%20of%20Parties/Chicago_EN.pdf>, 17. siječnja 2019.

2. Direktiva 2001/51/EZ od 28. lipnja 2001. o dopuni odredaba članka 26. Konvencije o primjeni Sporazuma iz Schengena od 14. lipnja 1985., OJ L 187, 10. srpnja 2001.
3. Odluka o objavljivanju mnogostranih međunarodnih ugovora kojih je RH stranka na temelju pristupa (akcesije), NN, MU, br. 6/94.
4. Prilog 9. Čikaške konvencije iz 1990. godine, 9. izd.
5. Schengenska konvencija od 19. lipnja 1990. o provedbi Schengenskog sporazuma od 14. lipnja 1985. o postupnom ukidanju kontrola na zajedničkim granicama, SL L 239, 22. rujna 2000.
6. Smjernice za tumačenje Uredbe (EU) br. 261/2004 Europskog parlamenta i Vijeća o utvrđivanju općih pravila odštete i pomoći putnicima u slučaju uskraćenog ukrcanja i otkazivanja ili dužeg kašnjenja leta u polasku te Uredbe Vijeća (EZ) br. 2027/97 o odgovornosti zračnih prijevoznika u slučaju nesreća kako je izmijenjena Uredbom (EZ) br. 889/2002 Europskog parlamenta i Vijeća (SL EU, C 214, 15. lipnja 2016.)
7. Uredba (EU) br. 261/2004 Europskog parlamenta i Vijeća od 11. veljače 2004. o utvrđivanju općih pravila odštete i pomoći putnicima u slučaju uskraćenog ukrcanja i otkazivanja ili dužeg kašnjenja leta u polasku, SL L 46, 17. veljače 2004.
8. Uredba (EZ) br. 810/2009 Europskog parlamenta i Vijeća od 13. srpnja 2009. o uspostavi Zakonika Zajednice o vizama (Zakonik o vizama), SL L 243, 15. rujna 2009.
9. Uredba (EU) 2016/399 Europskog parlamenta i Vijeća od 9. ožujka 2016. o Zakoniku Unije o pravilima kojima se uređuje kretanje osoba preko granica (Zakonik o schengenskim granicama), SL L 77, 23. ožujka 2016.
10. Uredba (EU) 2018/1240 Europskog parlamenta i Vijeća od 12. rujna 2018. o uspostavi europskog sustava za informacije o putovanjima i odobravanje putovanja (ETIAS) i izmjeni uređaba (EU) br. 1077/2011, (EU) br. 515/2014, (EU) 2016/399, (EU) 2016/1624 i (EU) 2017/2226, SL L 236, 19. rujna 2018.

Sudska praksa:

1. Mišljenje nezavisnog odvjetnika Y. Bota od 6. rujna 2018., *Bundesrepublik Deutschland protiv Touring Tours und Travel GmbH i Sociedad de Transportes SA*, prethodno pitanje Sudu EU u spojenim predmetima C-412/17 i C-474/17 (ECLI:EU:C:2018:1005)
2. Predmet *D.Z. protiv Blue Air - Airline Management Solutions* i dr., prethodno pitanje Sudu EU od 19. rujna 2018. godine, C-584/18 (OJ C 445, 10. prosinca 2018.)
3. Presuda austrijskog Ustavnog suda, br. G224/01 i dr., VfGH Erkenntnis vom 1. Oktober 2001, *Case Regarding Carrier Responsibilities, Austria, Verfassungsgerichtshof*, 1. listopada 2001. godine <<https://www.refworld.org/pdfid/3deb7cf94.pdf>>, 6. ožujka 2019.

Željka Primorac*

Summary

LEGAL CONSEQUENCES OF AIR PASSENGERS TRAVEL DOCUMENTS CONTROL IN AIRPORTS – JUSTIFICATION FOR THE DENIED BOARDING

In this paper the author is making an elaborated analysis on the topic of countering illegal migration of air passengers (with the emphasis on third-country nationals) from a legal and theoretical standpoint, pointing out to the methods and legal consequences of verifying the validity and authenticity of passengers' travel documents according to the latest provisions of Schengen *acquis* and assessing the role of the air carrier in the protection of the EU's external borders. The author is drawing attention to an insufficient legal definition of the terms "inadequate travel documents" and "necessary travel documents" by examining the legal effects of possession and presentation of inadequate travel documents as a justified reason for denying boarding to passengers pursuant to the provisions of Regulation (EU) 261/2004 and the interpretations of the provisions in question in accordance with the Guidelines of 2016. In this context, the aim of this paper is to point out to the current changes regarding the private legal protection of passengers in conformity with the European legal provisions in force, as well as to the latest proceeding before the Court of Justice of the European Union (Case C-584/18) concerning the interpretation of certain provisions of the European regulations relevant to this issue (Regulation (EU) 261/2004 and Regulation (EU) 2016/399). The author concludes with the analysis of the air carriers' obligations to pay financial sanctions (fines) in the case of carriage of passengers without the necessary travel documents and puts forward solutions *de lege ferenda*.

Keywords: *air passengers travel documents control; airports; denied boarding.*

* Željka Primorac, Ph.D., Associate Professor, University of Split, Faculty of Law; zeljka.primorac@pravst.hr.

Zusammenfassung

**RECHTSFOLGEN DER KONTROLLE VON
REISEDOKUMENTEN DER PASSAGIERE
IN FLUGHÄFEN – RECHTFERTIGUNG DER
BEFÖRDERUNGSVERWEIGERUNG**

Dieser Beitrag bespricht die rechtstheoretische Elaboration der Bekämpfung illegaler Migration von Flugzeugpassagieren (wobei besondere Betonung auf Staatsangehörige von Drittländern liegt), indem man auf die Modalitäten und Rechtsfolgen der Kontrolle der Gültigkeit und Glaubwürdigkeit der Reisedokumente von Passagieren gemäß den neuesten Beschlüssen des Schengen-Besitzstandes hinweist und die Rolle des Luftfahrtunternehmens beim Schutz der äußeren Grenzen der EU bewertet. Es wird auf die unzureichende Regulierung der Begriffe „unzureichende Reiseunterlagen“ und „erforderliche Reisedokumente“ hingewiesen, indem man die Rechtswirkungen des Besitzens und des Vorzeigens von unzureichenden Reiseunterlagen als berechtigten Grund für Beförderungsverweigerung gemäß der Verordnung (EG) Nr. 261/2004 und den Auslegungen der genannten Verordnung laut Beschlüssen der Leitlinien aus dem Jahr 2016 untersucht. In diesem Zusammenhang ist es das Ziel dieses Beitrags, auf aktuelle Änderungen bezüglich des privatrechtlichen Schutzes von Passagieren gemäß den gültigen europäischen Beschlüssen und des neuesten Verfahrens vor dem Europäischen Gerichtshof (C-584/18) hinsichtlich der Auslegungen mancher europäischen Vorschriften, welche an diese Problematik angewandt werden (Verordnung (EG) Nr. 261/2004 und Verordnung (EU) Nr. 2016/399), hinzuweisen. Abschließend werden die Verpflichtungen des Luftfahrtunternehmens, die Geldstrafen im Falle des Transports der Passagiere ohne erforderliche Reiseunterlagen zu bezahlen, analysiert. Diesbezüglich werden Lösungen *de lege ferenda* vorgeschlagen.

Schlüsselwörter: *Kontrolle der Reisedokumente; Flughäfen;
Beförderungsverweigerung.*

Riassunto

LE CONSEGUENZE GIURIDICHE DERIVANTI DAL CONTROLLO DEI DOCUMENTI DI VIAGGIO NEGLI AEROPORTI - LA GIUSTIFICABILITA' DEI MOTIVI DI DINEGO DELL'IMBARCO SUL VOLO

L'autrice nel contributo si occupa dell'elaborazione teorico-giuridica concernente la lotta alla migrazione illegale dei passeggeri nel trasporto aereo (con l'accento sui cittadini dei paesi terzi), illustrando le modalità e le conseguenze giuridiche derivanti dal controllo della validità ed autenticità dei documenti di viaggio dei viaggiatori alla luce delle più recenti soluzioni derivanti dalle regole di *Schengen* e valutando il ruolo del trasportatore aereo nella tutela dei confini esterni dell'UE. L'autrice sottolinea la lacunosità della disciplina della nozione di „inadeguata documentazione di viaggio“ e di „documenti di viaggio necessari“, interrogandosi all'uopo sulle conseguenze giuridiche della detenzione e dell'esibizione di documenti di viaggio non adeguati quale motivo giustificato per negare l'imbarco del viaggiatore ai sensi delle soluzioni prospettate dal Regolamento (UE) N. 261/2004 e delle interpretazioni di tale disposizione ai sensi della Direttiva del 2016. In tale contesto, lo scopo del contributo è di rilevare gli attuali cambiamenti nel contesto della tutela giuridica privata dei viaggiatori in forza delle soluzioni giuridiche europee attualmente esistenti, come pure alla luce dei più recenti giudizi dinnanzi alla Corte di Giustizia dell'UE (caso C-584/18) con riferimento all'interpretazione di singole norme europee vigenti in questa materia (Regolamento (UE) 261/2004 e Regolamento (UE) 2016/399). In conclusione, si disaminano gli obblighi del trasportatore aereo di sostenere le sanzioni pecuniarie nel caso di trasporto di un viaggiatore sprovvisto dei necessari documenti di viaggio, proponendo all'uopo delle soluzioni *de lege ferenda*.

Parole chiave: *verifica dei documenti di viaggio del viaggiatore; aeroporti; diniego di imbarco sul volo.*

THE RIJEKA DRAFT OF A CONVENTION ON THE LIABILITY OF OPERATORS OF NUCLEAR SHIPS: A VERY LATE REQUIEM

Doc. JUdr. Jakub Handrlica*

UDK: 341.225::347.791

<https://doi.org/10.30925/zpfsr.40.3.8>

Ur.: 16. lipnja 2019.

Pr.: 9. prosinca 2019.

Pregledni rad

Summary:

Sixty years ago, from 20th to 26th September 1959, the Nineteenth Conference of the International Maritime Committee (Comité Maritime International) was held in Rijeka. Facing the challenges arising from contemporary plans to use nuclear power in marine transport (in particular to use nuclear reactors as a source of transport for both civil and military ships), the Conference adopted a draft of a convention that aimed to address the issue of liability of the operators of nuclear ships. The draft convention reflected the fact that liability issues arising from nuclear ships considerably differ from those issues, arising from the operation of land-based nuclear reactors. This draft convention, which became later widely known as “the Rijeka Draft” in legal literature, provided for basic liability principles that were to be applied to operators of nuclear ships. The Rijeka Draft became crucial for the later developments in the field of international nuclear law, in particular for the adoption of the Brussels Convention on the Liability of Nuclear Ships at the Eleventh Session of the Diplomatic Conference on Maritime Law in 1962. However, it also influenced the content of several other bi-lateral agreements. The 60th anniversary of the Rijeka Draft allows a good opportunity to revisit the principles provided by the draft convention as well as to revisit the impact of this draft on further development of international nuclear law.

Keywords: nuclear liability; nuclear ships; international nuclear law; international maritime law; liability principles.

1. INTRODUCTION

Sixty years ago, from 20th to 26th September 1959, the Nineteenth Conference of the International Maritime Committee (Comité Maritime International, thereafter

* Jakub Handrlica, Ph.D., Associate Professor, Faculty of Law, Charles University in Prague, Czech Republic, jakub.handrlica@prf.cuni.cz.

“the IMC”¹ was held in Rijeka. In fact, it was the first of the IMC conferences that wasn’t held in Western Europe² and also the very first held in a Socialist country. 190 participants, representing 21 different regional chapters of the IMC, took part at the Conference.³ Obviously, by organising the Conference in Rijeka, the Yugoslav regime aimed to show its openness to the West and willingness to co-operate on further development of international law.⁴

This Nineteenth Conference of the IMC addressed in particular the issue of liability of operators of nuclear ships.⁵ The design, development and production of nuclear marine propulsion plants began in the United States in the 1940s, with the first test nuclear reactor started in 1953. The first nuclear-powered military submarine, “USS Nautilus”, was put to sea in 1955. In the following years, the US fleet of nuclear-powered submarines increased very quickly and, during the very late 1950s, approximately 12 nuclear powered submarines were launched.

The Soviet Union followed the United States in developing nuclear-powered submarines. After overcoming many obstacles, including steam generation problems, radiation leaks and other difficulties, the first nuclear-powered submarine, “K-3 Leninskiy Komsomol”, entered service in the Soviet Navy in 1958.

Furthermore, there were considerable developments in the area of nuclear-powered civil vessels. In 1957, the Soviet Union launched the world’s first nuclear powered civilian vessel, the nuclear icebreaker “NS Lenin”, intended to aid shipping in frozen Arctic areas. In 1959, a working group of the United States Academy of Sciences predicted that there would be approximately 300 nuclear-powered ships by

-
- 1 The International Maritime Committee (Comité Maritime International) was established as a non-governmental organisation in 1897 with the object to contribute by all appropriate means and activities to the unification of maritime law in all its aspects.
 - 2 After Conferences in Brussels (1897), Antwerp (1898), London (1899), Paris (1900), Hamburg (1902), Amsterdam (1904), Liverpool (1905), Venice (1907), Bremen (1909), Paris (1911), Copenhagen (1913), Antwerp (1921), London (1922), Gothenburg (1923), Genoa (1925), Amsterdam (1927), Antwerp (1930), Oslo (1933), Paris (1937), Antwerp (1947), Amsterdam (1949), Naples (1951) and Madrid (1955).
 - 3 The event was reflected in the contemporary literature by Legendre, A., *La conférence de Rijeka, Droit maritime français*, vol. 36, 1959, pp. 707-709, Filipović, V., *Problemi odgovornosti za nuklearne štete i Riječka konferencija CMI, Naša zakonitost*, 1960, pp. 179-186, Chaveau, P., *Les navires nucléaires à la Conférence de Rijeka, Semaine juridique*, 1960, pp. 1529-1530 and by Thornton, W., *The Nuclear Ship in the International Community, JAG Journal*, vol. 9, 3-4/1960, pp. 9-12. A more contemporary reference can be found in Filipović, V. *Riječka konferencija međunarodnog pomorskog odbora (CMI-a) 1959. i odgovornost poduzetnika nuklearnih brodova. Zbornik Pravnog Fakulteta u Zagrebu*, vol. 52, 6/2002, pp. 1181-1190.
 - 4 Filipović, V. *Riječka konferencija međunarodnog pomorskog odbora (CMI-a) 1959*, p. 1182.
 - 5 The revision of the Article X of the International Convention for the Unification of certain rules of Law relating to the Bills of Lading and the revision of the Article XIV of the International Convention on the Unification of certain rules of law relating to assistance and salvage at sea were subject of discussion. Further topics, discussed at the Nineteenth Conference of the IMC included letters of indemnity in maritime transport, International Statute of Ships in Foreign Ports and the registry of operators of ships. See Lilar, A., Van den Bosch, C., *Le Comité Maritime International 1897-1972 / International Maritime Committee 1897-1972*, p. 114.

1970.⁶

Only two months before the Nineteenth Conference of the IMC assembled in Rijeka, the first US-produced nuclear-powered cargo-passenger ship, “NS Savannah”, was launched. Italy and the United Kingdom simultaneously announced plans to construct nuclear ships.⁷

Consequently, after demonstrating that nuclear energy could be effectively used to provide marine propulsion, attention turned to the need to provide effective legal protections for the general public against radiation dangers and other forms of damage possibly caused by nuclear ships.⁸ Facing these challenges, efforts led to formulate a multilateral treaty to regulate matters of nuclear liability arising from the use of nuclear power in marine propulsion.

At the same time, the International Atomic Energy Agency (hereinafter “the IAEA”) and the OECD’s European Nuclear Energy Agency (hereinafter “the OECD/NEA”) began preparing multilateral instruments that became the Convention on *Third Party Liability in the Field of Nuclear Energy* (adopted in 1960, hereinafter “the Paris Convention”)⁹ and the *Vienna Convention on Civil Liability for Nuclear Damage* (adopted in 1963, hereinafter “the Vienna Convention”).¹⁰

However, these multilateral instruments were aimed exclusively at governing nuclear liability arising from the operation of land-based nuclear reactors.¹¹ There was a common understanding, that matters of nuclear liability for damages incurred by the operation of nuclear ships must be reserved for a specialized international treaty.¹² In contrast to the liability regime, which was to be established *vis-à-vis* the land-based nuclear reactors, several specific issues were identified, which were to be

6 Hardy, M. The Liability of Operators of Nuclear Ships, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 12, 3/1963, p. 778.

7 OECD, *Nuclear Power for Merchant Ships*, OECD Observer, 1970, p. 27.

8 *ibid.*, p. 29.

9 The Convention on Third Party Liability in the Field of Nuclear Energy (adopted 29 July, 1960), as amended by the Additional Protocol of 1964 (adopted 28 January, 1964, entered into force 1 April, 1968) and by the Protocol of 1982 (adopted 16 November, 1982, entered into force 7 October, 1988).

10 The Vienna Convention on Civil Liability for Nuclear Damage (adopted 21 May, 1963, entered into force 12 November, 1977), INFCIRC/500.

11 Handrlica, J., Novotná, M., The Vienna convention on civil liability for nuclear damage: past, evolution and perspectives, *Juridical Tribune – Tribuna Juridica*, vol. 8, 2018, pp. 55-56.

12 Dagna, C. La responsabilità dell’armatore di navi nucleari, *Diritto ed economia nucleare*, vol. 1, 1959, pp. 267-269, Fergusson, E., Liability of Nuclear Powered Vessels: the Work Toward an International Convention – Some Problems and Principles, *Atomic Energy Law Journal*, vol. 2, 1/1960, pp. 25-35, Seaver, R., The impact of nuclear propulsion on admiralty and shipping law, In: American Bar Association (ed), *Section of Negligence, Insurance and Compensation Law, Proceedings 1959-1960*, American Bar Center, Chicago, 1960, pp. 178-188, Miller, C. Problems of International Legislation regulating the Liability of Operators of Nuclear Ships, *Progress in Nuclear Energy*, vol. 3, 1962, pp. 306-308, Parlavantzas, P., La responsabilité des exploitants de navires nucléaires, *Revue hellénique de droit international*, vol. 15, 1962, pp. 87-95, Carbone, F., Navires nucléaires, lois nationales et droit européen, *Revue trim. de droit européen*, vol. 4, 3/1968, pp. 332-336, Szasz, P. The Convention on the Liability of Operators of Nuclear Ships, *Journal of Maritime Law and Commerce*, vol. 2, 3/1971, pp. 547-553.

addressed with particular regard to nuclear ships.¹³

Firstly, it was obvious that, while land-based nuclear reactors might easily mitigate possible dangers by locating them far from populated areas, nuclear ships were designed to sail into foreign harbours. Consequently, although the Installation State was expected to appropriately compensate a nuclear incident by its land-based nuclear reactor (situated in its territory), the licensing State would *not* be under such intermediate pressure where the incident occurred in a distant harbour, where a nuclear ship bearing its flag was anchored.

Secondly, there was a question about whether the future liability regime would be common to both civil and warships, although the latter represented the majority of nuclear-powered vessels at the time.

Thirdly, there was a question concerning whether the prospective international instrument would contain only rules applicable for operation of nuclear-powered vessels on the High Seas, or also govern issues of their entry to the ports of other than licensing States.

Facing these challenges, the Nineteenth Conference of the IMC adopted the draft of a convention that aimed to address the issue of liability of the *operators* of nuclear ships.¹⁴ This draft convention, which became later widely known as “*the Rijeka Draft*” in legal literature,¹⁵ provided for basic liability principles that were to be applied to operators of nuclear ships.

The Rijeka Draft became crucial for later developments in the field of international nuclear law. In the following year, a working group of 150 experts met under the auspices of the IAEA in order to discuss those issues of nuclear liability arising both from the prospective operation of the land-based nuclear reactors and nuclear ships.¹⁶ Here, the “*Panel of Legal Experts on Liability for Nuclear Propelled Ships*” was charged with reviewing the Rijeka Draft.¹⁷

Pursuant to the request of the Panel, the Secretariat of the International Atomic Energy Agency prepared a new draft convention. This became a subject of discussion at the Eleventh Session of the Diplomatic Conference on Maritime Law, held in Brussels, from 17th to 29th April 1961.¹⁸ Due to certain disagreements (mainly

13 Miller, C., op. cit., pp. 306-308.

14 Actually, the first ever draft of the prospective convention on the liability of the operators of nuclear ships was proposed by a subcommittee of the IMC at its meeting in Antwerp, in June, 1959. This draft was submitted to the Nineteenth Conference of the IMC for further discussion.

15 The text of the *Rijeka Draft* was reprinted in *Progress in Nuclear Energy*, vol. 3, 1962, pp. 321-325.

16 Könz, P., *Liability of Operators of Nuclear Ships: the 1961 Brussels Conference*, *Progress in Nuclear Energy*, vol. 3, 1962, p. 327-329.

17 The Panel was composed of experts from Albania, Argentina, Belgium, Bulgaria, Canada, Czechoslovakia, Denmark, Federal Republic of Germany, France, Greece, India, Italy, Japan, Norway, Poland, Romania, Sweden, Turkey, Ukrainian S.S.R., U.S.S.R., United Kingdom, United States and Yugoslavia. The report prepared by the panel was subsequently submitted to the Diplomatic Conference as the Document No. 3 and a revised version of the Rijeka Draft as the Document No. 3 – A.

18 Belli, G., *La conferenza diplomatica per una convenzione sulla responsabilità civile degli utilizzatori di navi nucleari*, *Diritto ed economia nucleare*, vol. 1, 1/1961, pp. 353-365, Colliard,

concerning the issues of jurisdiction and the establishment of a limitation fund), the Diplomatic Conference was resumed.¹⁹

The Diplomatic Conference was re-opened in Brussels on 14th May 1962, with its sole purpose to complete work on the international treaty regulating nuclear liability arising from the operation of nuclear-powered vessels.²⁰ Here, the Brussels Convention on the Liability of Nuclear Ships (thereinafter “the Brussels Convention”) was adopted. The Brussels Convention was opened for signature by the states represented at the Diplomatic Conference on 25th May 1962.

However, the impact of the Rijeka Draft was not limited to a single international agreement. On contrary, the Rijeka Draft influenced the content of a number of bilateral agreements concluded by the licensing States of nuclear ships with other States, in order to gain access to their ports. So, the United States concluded a series of so called “*Savannah Agreements*” to govern legal issues arising from the entry of the nuclear-powered cargo-passenger ship, “NS Savannah”, to foreign ports. The first of these agreements was concluded with Greece in June, 1962.²¹ In similar fashion, the Federal Republic of Germany concluded a series of bilateral agreements with regard to the nuclear-powered cargo ship “Otto Hahn”, with the first being concluded with the Netherlands in 1968.²²

Reflecting this wide impact of the Rijeka Draft, the 60th anniversary of its adoption offers a good opportunity to revisit the principles provided by the draft convention. This article also aims to show what impact the Rijeka Draft had for the subsequent development of international nuclear law worldwide.

2. PRINCIPLES PROVIDED BY THE RIJEKA DRAFT

The fact is, that at the time the Nineteenth Conference of the IMC assembled in Rijeka in September, 1959, there was already a common understanding on certain principles of nuclear liability. The first national legislation, addressing this issue, was adopted in Europe only few months after the Nineteenth Conference resumed its work

C., *La Convention de Bruxelles relative à la responsabilité des exploitants de navires nucléaires*, *Annuaire français de droit international*, vol. VIII, 1962, pp. 41-51, Könz, P., *The 1962 Brussels convention on the liability of operators of nuclear ships*, *American Journal of International Law*, vol. 57, 1/1963, pp. 101-120, Hoog, G., Henkmann, M., Wallas, I., *Die Konvention über die Haftung der Inhaber von Atomschiffen*, A. Metzner, Hamburg, 1970, pp. 18-20, Legendre, A., *La conférence diplomatique de Bruxelles de 1962*, *Droit maritime français*, vol. 39, 1962, pp. 575-578, Zaldivar, E., *Responsabilidad emergente de la explotación de buques nucleares*, *Jornadas sobre derecho de la navegacion*, vol. 1, 1/1961, pp. 117-138.

19 Könz, P., *op. cit.*, pp. 102-104.

20 *loc. cit.*

21 Brown, J., *Nuclear Ship Savannah and the Law*, *University of Florida Law Review*, vol. 15, 2/1962, p. 300.

22 Beemelmans, H., *Internationalprivatrechtliche Fragen der Haftung für Reaktorschiffe*, *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 41, 1/1977, pp. 19-20.

– in the Federal Republic of Germany,²³ the United Kingdom²⁴ and Switzerland.²⁵

These first national acts provided for principles of nuclear liability, which differ considerably from the liability principles under ordinary tort law: the channelling of liability to the operator, the liability limitation, mandatory insurance and the exclusive jurisdiction of the courts of the installation State. These principles were later reflected in two major international conventions, addressing the issues of nuclear liability; in both the Paris and Vienna Conventions.²⁶

However, both the Paris and Vienna Conventions explicitly included only land-based nuclear reactors²⁷ and excluded those nuclear reactors that are transportable.²⁸ Therefore, the Nineteenth Conference of the IMC had to address the challenge, to also apply these liability principles to those nuclear reactors used in maritime transport.

Before analysing the liability principles, as provided by the Rijeka Draft, certain remarks of substantive character must be heard:

Firstly, the Rijeka Draft never intended to establish a liability regime applicable to conventional ships merely transporting nuclear *material*. This issue had to be covered by provisions on liability transfer, later provided by the Paris Convention and the Vienna Convention.²⁹

Secondly, the Rijeka Draft did not address those issues of nuclear safety, arising from the operation of nuclear *ships*. These issues were left for other more specialised instruments of international law.³⁰ In this respect, it is interesting to note that these safety issues became a subject of discussion at the *Safety of Life at Sea (SOLAS) Conference* in London, which was held in London from 17th May to 17th June, 1960.³¹

Thirdly, the Rijeka Draft did not aspire to establish a universal framework, governing the entry of nuclear ships to foreign *ports*. The intention was merely to pave

23 Gesetz über die friedliche Verwendung der Kernenergie und den Schutz gegen ihre Gefahren vom 23. Dezember 1959

24 Nuclear Installations (Licensing and Insurance) Act 1959.

25 Bundesgesetz über die friedliche Verwendung der Atomenergie vom 23. December, 1959.

26 Hardy, M., Nuclear Liability: General Principles of Law and Further Proposals, British Yearbook of International Law, vol. 36, 1960, pp. 223-249.

27 Paris Convention, Art. I.a.ii., Vienna Convention, Art. I.1.j.

28 There is a slight difference between the wording of the Paris and the Vienna Conventions. While the Paris Convention excludes any reactors “comprised in any means of transport”, the Vienna Convention merely excludes those reactors, “with which a means of sea or air transport is equipped for use as a source of power.” This restrictive exclusion in the provision of the Vienna Convention reflected the then existing project of small nuclear reactors, intended to provide electricity in terrestrial rescue actions. Such nuclear reactors were intended to be operated stationary; however, they were to be equipped by a vehicle in order to be transported to a site of rescue operation.

29 The Convention relating to Civil Liability in the Field of Maritime Carriage of Nuclear Material was adopted in 1971. The purpose of this convention was to ensure that the *operator* of a nuclear installation rather than the *owner* of a vessel will be exclusively liable for damage caused by a nuclear incident occurring in the course of maritime carriage of nuclear material. The Convention entered into force in 1975

30 Berman, W., Hydeman, L., International Control of the Safety of Nuclear-Powered Merchant Ships, Michigan Law Review, vol. 59, 2/1960, pp. 236-238.

31 *loc. cit.*

the way for further bi-lateral negotiations in this regard between concerned licensing States and the prospective port States.³²

Lastly, the Rijeka Draft aimed to address liability issues arising from nuclear ships, i.e. “any ship equipped for utilization of nuclear fuel”.³³

Consequently, the draft aimed to cover nuclear-propelled ships, i.e. those ships, where a nuclear reactor serves as a means of transport. However, other ships, also carrying a nuclear reactor were covered by the draft, e.g. those carrying a nuclear reactor serving for oceanographic purposes,³⁴ or carrying a reactor for the purpose of producing electricity (transportable nuclear power plants).

Therefore, the scope of the application of the Rijeka Draft was much broader than to only nuclear-propelled ships.

2.1. Absolute and exclusive liability of the operator

In its Article II, the Rijeka Draft provided that the operator of a nuclear ship should be held *absolutely* and *exclusively* liable for nuclear damage, upon proof that the cause was a nuclear incident involving the fuel of the nuclear ship or radioactive waste, produced in the ship. The principle of *absolute and exclusive liability of the operator* was subsequently adopted in three international conventions, adopted in following years in the field of nuclear liability (in the Paris,³⁵ Brussels³⁶ and Vienna Conventions³⁷).

In regard to the exclusive liability of the operator, the Nineteenth Conference of the IMC concluded that the interests of the victims of a possible marine nuclear incident would be best served by coalescing their rights to compensation upon one party. This model would obviate a multiplicity of actions, some of which might require proof of negligence. Consequently, the principle of exclusive liability of the operator leads to exoneration of all other potential liable subjects, such as manufacturer of nuclear reactor.³⁸

A further consideration for introducing exclusive liability of the operator was the desire to protect non-nuclear ship operators from potential high liability for nuclear damage even in instances where such nuclear damage would arise from the negligence of those in charge of the non-nuclear ship.³⁹ If the rule were otherwise, non-nuclear ship operators would be obliged to carry extended insurance covering this risk upon the seas. The result would be a considerable burden in increased marine insurance

32 Handrlica, J., Underground repositories, reprocessing facilities and floating nuclear power plants: liability issues revisited, *Journal of Energy & Natural Resources Law*, vol. 37, 2019, pp. 284-285.

33 Rijeka Draft, Article I.

34 Sözer, B., Liability of the Operators of Nuclear Ships according to Brussels Convention of 25th May, 1962, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, vol. 7, 4/ 1974, p. 868.

35 Paris Convention, Article 6.b.

36 Brussels Convention, Article II.2.

37 Vienna Convention, Article II.5.

38 In practical terms, we are speaking here about the industry of the United States.

39 Thornton, W., op. cit., p. 11.

premiums with no particular benefit to the non-nuclear ship operator.⁴⁰

In this respect, the Rijeka Draft provided for two cases, when right of recourse was given to the operator *vis-à-vis* third persons. Firstly, in cases where the nuclear damage is the result of the act or omission of another, done with the *intent* to cause such damage, the operator of a nuclear ship would have right of recourse against the wrongdoer. This recourse was later reflected in the Brussels Convention.⁴¹ The other exception would apply where a right of indemnity is expressly provided by a contract. Also, this exception was later reflected in the Brussels Convention.⁴² In fact, the Brussels Convention also provided for a third exception,⁴³ which reflected the circumstance where the nuclear incident occurred because of a wreck-raising operation.

The Rijeka Draft also provided, that the operator of a non-nuclear ship should be entitled to recover from the operator of nuclear ship for nuclear damage suffered by the non-nuclear ship, even in instances where such damage was caused by the negligence of the non-nuclear ship. Hereby, the IMC wanted to reflect e.g. a situation, when a harbourmaster, or pier superintendent were to give negligent instructions to a nuclear ship during docking operation. In this respect, the IMC aimed at securing, the port authority will be barred from recovery of damages to the port and installations.⁴⁴ However, this provision was not reflected later by the Brussels Convention, as it was deemed as not necessary, due to the concept of absolute liability.⁴⁵

Further, the Rijeka Draft provided for certain *exonerations* from operator's liability. Consequently, the operator was to be exonerated from his liability with respect to nuclear damage caused by a nuclear incident directly due to an act of war, hostilities, civil war or insurrection. These exonerations titles were also later reflected in the provisions of the Brussels Convention.⁴⁶

Here, it is necessary to mention, that while the Rijeka Draft did effectively exonerate the manufacturers of nuclear reactors from any liability caused by their products by channelling the liability exclusively to the operators of nuclear ships, the risk of potential manufacturers liability was still felt.⁴⁷ Subsequently, the Brussels Convention provided⁴⁸ for an additional mechanism to *exclude* the manufacturers from potential liability by stating, that the treaty will continue to apply to any nuclear ship licensed for operation by any State while still a Contracting Party to this treaty, with respect to *any* nuclear incident occurring no later than twenty five years after such licensing.

40 *loc. cit.*

41 Brussels Convention, Article II.6.a.

42 Brussels Convention, Article II.6.c.

43 Brussels Convention, Article II.6.b.

44 Thornton, W., *op. cit.*, p. 11.

45 Govare, J., *Le droit maritime en matière nucléaire, Aspects de droit de l'énergie atomique*, vol. 1, 1965, p. 220.

46 Brussels Convention, Article VIII.

47 Könz, P., *The 1963 Brussels Convention on the Liability of Operators of Nuclear Ships*, p. 109.

48 Brussels Convention, Article XIX.

2.2. *Liability limitation and its coverage*

Further, the Rijeka Draft provided for limitation of operator's liability in its Article III. The principle of liability limitation has been known to international maritime law from other existing conventions (the Brussels International Convention for the Unification of Certain Rules Relating to the Limitation of the Liability of Owners of Sea-Going Vessels, the Brussels International Convention Relating to the Limitation of the Liability of Owners of Sea-Going Vessels). The liability limitation was considered as a *quid pro quo* for very strict liability requirements, provided for the operator. Therefore, the liability limitation was also provided later by the Paris⁴⁹ and Vienna⁵⁰ Conventions.

While the Rijeka Draft provided for liability limitation, the respective amount of the liability limit remained unresolved at the Nineteenth Conference of the IMC. Several proposals were made, with maximum limits of liability ranging from 100 million US \$ to 500 million US \$ (the later was the aggregate amount, provided at that time by the US legislation for the case where a nuclear incident was caused by the nuclear ship "Savannah").⁵¹ However, it was merely agreed that the liability limit must be high enough in order to make nuclear ships acceptable in all ports of the world.⁵² Consequently, the Article III.i. merely provided that "An operator of a nuclear ship shall in no circumstances be liable for more than in respect of any one nuclear incident." Thus, providing for the respective liability limit was left for further diplomatic discussions.⁵³

Further, the Rijeka Draft provided in its Article III.ii., that the operator maintains adequate insurance, specified by the licensing State.

The Brussels Convention reflected the proposals made by the Rijeka Draft, providing⁵⁴ for liability limit of 1,500 million francs in respect to any single nuclear incident, notwithstanding that the nuclear incident may have resulted from *any* fault or privity of that operator. Concerning the currency used, the Brussels Convention provided⁵⁵ that "the franc mentioned in paragraph 1 of this Article is a unit of account constituted by sixty-five and one half milligrams of gold of millesimal fineness nine hundred. The amount awarded may be converted into each national currency in round figures. Conversion into national currencies other than gold shall be effected on the basis of their gold value at the date of payment."

Consequently, the liability limit, as provided by the Brussels Convention was a floating one, depending on the actual value of gold. A similar approach was also chosen in the liability regime established under the Vienna Convention.⁵⁶ Concerning

49 Paris Convention, Article 7.b.

50 Vienna Convention, Article V.

51 Thornton, W., op. cit, p. 12.

52 *loc. cit.*

53 Bönthe, E., La limitation de la responsabilité des propriétaires et exploitants de navires conventionnelles et nucléaires, *Journal des Tribunaux*, vol 78, 4/1963, pp. 418.

54 Brussels Convention, Article III.1.

55 Brussels Convention Article III.4.

56 Vienna Convention, Article V.3.

mandatory insurance, the Brussels Convention basically copied the provision as provided by the Rijeka Draft and left the amount of insurance to be decided by the respective licensing State.⁵⁷

In this respect, it is worthy to note that the principle of liability limitation wasn't un-controversial during negotiations within the Eleventh Session of the Diplomatic Conference on Maritime Law. Several States defended the opinion that nuclear liability concerning the operation of warships should be *unlimited*. However, in the end it was agreed to extend the benefit of limiting liability to military vessels as well.⁵⁸

A further controversy was linked to the setting of actual liability limits. Basically, two trends were represented at the Eleventh Session, the difference mainly comprised in the relation between liability limits and the possibilities within insurance markets. One group of delegations, represented basically by the United States, supported establishing a high limit of liability *regardless* of the possibilities within the insurance market. The opposite view was represented mainly by the Scandinavian states, the Soviet Union and Liberia, which favoured setting the limit of liability regarding the capacities of the international insurance market and without involving the financial guarantees from the licensing state.⁵⁹

Subsequently, the Brussels Convention placed the liability limit much higher than the Paris Convention⁶⁰ and the later Vienna Convention.⁶¹ At the time of the Conventions' adoption and even for a decade after it,⁶² the limit was considered in excess of total coverage available in the existing insurance markets. Thus, the limit directly caused certain hesitation of the signatory States to ratify the Convention.⁶³

Finally, the Brussels Convention provided⁶⁴ for one circumstance under which the limitation was not applicable. This was for the circumstance where a nuclear ship flew the flag of a Contracting Party but wasn't licensed or authorized at the time of the incident.

2.3. Rules of jurisdiction

In Article VII, the Rijeka Draft provided rules on jurisdiction. These rules reflected a compromise between two conflicting desires. On one hand, there was desire to provide for an *exclusive* jurisdiction of the courts of the licensing State. This was a principle, which was later provided in both the Paris⁶⁵ and Vienna Conventions.⁶⁶ This principle clearly reflected the fact that insurance capacities are cumulated in the State where operation of the nuclear installation was permitted. Also, it reflected the

57 Brussels Convention Article III.2.

58 Könz, P., *The 1963 Brussels Convention on the Liability of Operators of Nuclear Ships*, p. 102.

59 *ibid.*, p. 103, and especially in notes 15, 17 and 18.

60 5 million Monetary Units of the European Currency Convention of 1958 as minimum and 15 million of Monetary Units as maximum.

61 5 million gold US \$ as minimum.

62 Szasz, P., *op. cit.*, p. 556.

63 *loc. cit.*

64 Brussels Convention, Article XV.2.

65 Paris Convention, Article XIII.

66 Vienna Convention, Article XI.

liability limitation and the subsequent need for the sole competence of one particular court.

However, the principle of exclusive jurisdiction was not deemed to be fully applicable *vis-à-vis* nuclear ships. Only a minority of the participants in the Nineteenth Conference of the IMC came from States that were presumed to launch and license nuclear ships. Therefore, a greater emphasis on the protection of the potential victims was offered and the Nineteenth Conference favoured potential victims having a possibility to claim in the court of their domicile.⁶⁷

Reflecting the above, the Rijeka Draft provided that actions for compensation shall be brought, at the option of the claimant, either by the courts of the licensing State, or in the courts of the State where the nuclear incident occurred. In the latter case, final judgements would become enforceable in the courts of the licensing State as soon as “the requirements of the law of the licensing State have been complied with”.⁶⁸ This jurisdictional provision was included to meet obvious objections from certain States, in particular from the United States.⁶⁹

Consequently, the rules of jurisdiction, as provided by the Rijeka Draft, were reflected in the provisions of the Brussels Convention. Here, it was provided that “the victim has the possibility to claim either by the court of the licensing state or by the court of the contracting party on whose territory the nuclear damage was sustained.”⁷⁰ An exemption was made concerning warships, where an exclusive jurisdiction of the licensing State was provided.⁷¹

3. IMPACT OF THE RIJEKA DRAFT FOR FURTHER DEVELOPMENT

The 60th anniversary of the Rijeka Draft represents a good opportunity to analyse the impact of principles adopted for the further development of international nuclear law.

On one hand, as analysed above, the Rijeka Draft strongly influenced the provisions of the Brussels Convention, adopted at the Eleventh Session of the Diplomatic Conference on Maritime Law in 1962. In this respect, it must be mentioned that the Brussels Convention was adopted by a relatively close vote of twenty-eight in favour from the fifty participants. Ten participating countries, including the only two states operating nuclear-powered vessels at the time, the United States and the Soviet Union, opposed the text of the Brussels Convention. The Scandinavian countries abstained, mainly on the ground of high limits of liability. Eight of the fifty

67 At the Eleventh Session of the Diplomatic Conference on Maritime Law, another proposal was made by France, Italy and the United Arab Republic, which provided for the jurisdiction of the licensing State and the coastal States within 50 or 100 miles of the place where the incident occurred. See Hardy, M. *op. cit.*, p. 784.

68 E.g. the right to be heard.

69 Thornton, W., *op. cit.*, p. 12.

70 Brussels Convention, Article X.1.

71 Brussels Convention, Article X.3.

delegations were absent at the time of the final vote.⁷²

The Brussels Convention was signed by 16 States.⁷³ Pursuant to its Article XXIV.1, it “shall come into force three months after the deposit of an instrument of ratification by at least one licensing State and one other State.” Nevertheless, only 3 of the signatory States have deposited their documents of ratification.⁷⁴ Further, 3 other States acceded to the Brussels Convention.⁷⁵ Due to the fact that no licensing State ever ratified it, the Brussels Convention failed to enter into force.

Consequently, the Brussels Convention is recently considered a “still-born” international convention. There were several reasons for this failure.⁷⁶ Firstly, while the subject of much expectation, nuclear propulsion failed to prove its ability to be a prospective means of marine propulsion. Actually, there have been only four nuclear-powered civil ships in operation.⁷⁷ The fate of the NS Savannah, which was launched only two months before the Nineteenth Conference of the IMC assembled in Rijeka, illustrates the entire issue.

NS Savannah was designed as a visually impressive luxury yacht, carrying thirty air-conditioned staterooms, a dining facility for 100 passengers, a lounge a swimming pool and a library. By many measures, the ship was a success. However, many of their competitors could accommodate several times the cargo of the NS Savannah. The crew was a third larger than comparable oil-fired ships and had to receive additional training after completing all requirements for conventional maritime licenses. The operating budget had to include maintenance of a separate shore organization to negotiate port visits.

Consequently, the US Maritime Administration decommissioned the NS Savannah in order to save costs in 1972. In fact, the only area where nuclear propulsion showed its long-term success, was the Arctic, where the Soviet Union proceeded to operate nuclear icebreakers for ocean and river transport. However, as Peider Könz had already correctly predicted in 1963,⁷⁸ the Soviet Union will have no interest in ratifying the Brussels Convention, unless expecting the nuclear icebreakers to enter foreign harbours.

Secondly, there was a very sensitive issue of the applicability of the liability

72 Könz, P., *The 1963 Brussels Convention on the Liability of Operators of Nuclear Ships*, p. 100.

73 Belgium, Republic of China (Taipei), Republic of Korea, Federal Republic of Germany, India, Indonesia, Ireland, Lebanon, Liberia, Malaysia, Monaco, Panama, the Netherlands, Philippines, Portugal, Republic, United Arab Republic and the Socialist Federal Republic of Yugoslavia.

74 Portugal (1968), the Netherlands (1974) and Lebanon (1975). Furthermore, the Republic of Surinam did so as a successor of the Netherlands in 1974.

75 Republic of Madagascar (1965), Democratic Republic of Congo (1967) and the Syrian Arab Republic (1975).

76 Handrlica, J., *The Brussels Convention on the Liability of Operators of Nuclear Ships: Expectations, Basic Principles and the Reasons of Failure*, *Czech Yearbook of Public and Private International Law*, vol. 5, 2014, pp. 121-138.

77 NS Savannah (licensed by the United States and operated 1959-1972), NS Mutsu (licensed by Japan and operated 1970-1992), NS Otto Hahn (licensed by the Federal Republic of Germany and operated 1968-1979) and NS Sevmorput (a nuclear-powered cargo ship with ice breaking abilities, licensed by the Soviet Union and operated since 1988).

78 Könz, P., *The 1963 Brussels Convention on the Liability of Operators of Nuclear Ships*, p. 109.

regime to nuclear warships. The arguments in favour of the inclusion of nuclear warships in the liability regime to be established were very pragmatic. Considering the development since the very beginning of the use of nuclear energy for the purposes of marine propulsion, there was a common understanding that, for many years to come, nuclear propulsion will be used chiefly for nuclear warships.⁷⁹ Because of this, nuclear warships were expected to represent a considerable part of future nuclear fleets. Therefore, they were considered a real hazard, against which protection should not only be available to the general public, but also to conventional shipping.

On the other hand, there were persuasive arguments against incorporation of nuclear warships under the umbrella of the planned liability regime. Firstly, the argument was presented that rules concerning warships have no place in a convention governing civil liability, since any accident involving these will primarily engage the international responsibility of States. Secondly, pursuant to another argument, incorporation of warships into the liability regime of an international convention would mean that Contracting Parties to the respective convention legalize the use of nuclear energy for military purposes.

And finally, problems of constitutional and administrative nature were pointed out, arising from potential submission of warships to foreign courts. Facing these very sensitive arguments, the Nineteenth Conference of the IMC left the issue unresolved, appending a recommendation to the Rijeka Draft, stating that “nothing in the draft is intended to authorise or require inspection of military ships or auxiliaries nor create a right to attach such ships.”⁸⁰

Further developments proved that the issue of inclusion of warships under the newly established liability regime became the subject of major controversy. The United States, together with the Soviet Union, vehemently opposed such inclusion at the Eleventh Session of the Diplomatic Conference on Maritime Law. However, this opposition had to face a serious bloc of votes led by the United Kingdom and supported by the delegations from the Asian, Latin American and Western European states (with the exception of Belgium).⁸¹ Thus, the warships were included into the liability regime, as established by the Brussels Convention.⁸² According to contemporary authors,⁸³ it was this inclusion that caused hesitation by both the United States and the Soviet Union to sign, or accede to the Brussels Convention.

Thirdly, neither the Rijeka Draft, nor the Brussels Convention addressed the issue of entry of nuclear ships into foreign ports. Consequently, in order to facilitate the entry of their nuclear ships into foreign ports, the licensing States were awaited to conclude separate bi-lateral agreements, governing issues of entry and stay of the ship in the respective port. Concluding such agreements was left to the discretion of the concerned licensing and port States.⁸⁴ From this perspective, the licensing States did

79 Hardy, M., op. cit., pp. 787-792, Könz, P., The 1963 Brussels Convention on the Liability of Operators of Nuclear Ships, pp. 109-111, Szasz, P., op. cit. sub, pp. 553-555.

80 Thornton, W., op. cit., p. 12.

81 Könz, P., The 1963 Brussels Convention on the Liability of Operators of Nuclear Ships, p. 108.

82 Brussels Convention, Article I.11.

83 Szasz, P., op. cit., p. 563, sub note 118.

84 Interestingly enough, the contemporary literature refers, that certain port States did not require

not considered ratification of the Brussels Convention as a necessary step to further facilitate developments of nuclear propulsion, as the required legal framework was provided by respective bi-lateral agreements.

And lastly, both the Rijeka Draft and the Brussels Convention reflected the model of civil liability for nuclear damage, i.e. liability of an operator. The Eastern bloc showed certain opposition to this concept, advocating that rather than the principles of civil liability, the responsibility of the State under international public law must be applied to nuclear incidents.

Consequently, the legal scholarship of the Eastern bloc criticized the principles of nuclear liability as reflecting the interests of the nuclear industry, rather than an interest in compensating potential victims.⁸⁵ This position basically precluded any participation of the Eastern bloc in the international conventions, providing for liability regime for nuclear damages. The only salient exception was the Socialist Federal Republic of Yugoslavia, which ratified the Vienna Convention on 12th August, 1977.

While the Brussels Convention is currently considered a “stillborn” international convention, the impact of the Rijeka Draft for international nuclear law was much broader. The liability principles provided by the Rijeka Draft were reflected in the provisions of bi-lateral agreements concluded by the licensing States (the United States and the Federal Republic of Germany), operating nuclear ships entering foreign ports. The first of these agreements was concluded between the United States and Greece in June of 1962,⁸⁶ in order to facilitate prospective entry of the nuclear-powered cargo-passenger ship “NS Savannah” to Greek ports. In the following years, the United States continued to conclude similar agreements with other port States.⁸⁷

The Federal Republic of Germany concluded the first of bi-lateral agreements on entry of the nuclear ship “Otto Hahn” with the Netherlands in October, 1968. Soon after, the Federal Republic of Germany concluded a similar agreement with Liberia (May, 1970), Portugal (January, 1971), Argentina (May, 1971) and finally Brazil (June, 1972).⁸⁸ These agreements basically followed the principles of the liability of

inclusion of any international convention for using their ports by a nuclear ship. In the late 1960s, the German nuclear ship “Otto Hahn” visited the ports of Morocco, Iran, Mauritania, Senegal and Togo without any existing bi-lateral agreements. See Nuclear Law Bulletin, 6/1970, p. 37.

85 Ioirish, A., *Atom i pravo, Mezunarodnyie otnosheniya*, Moskva, 1969, pp. 171-173.

86 Brown, J., *op. cit.*, p. 300.

87 Boulanger, W., *International conventions and agreements on nuclear ships*, Nuclear Law for a Developing World, vol 5, 1969, pp. 179-185, Klarr, H., Loosch, R., *Rechtsfragen zum kommerziellen Einsatz der Savannah in deutschen Gewässern*, Atomwirtschaft, vol. 10, 10/1965, pp. 553-563, Kovar, R., *Les accords conclus au sujet du Savannah et la responsabilité civile des exploitants de navires nucléaires*, Annuaire française de droit international, vol. 11, 1965, pp. 783-809, Lucchini, L., Voelckel, M., *Colloque: Droit nucléaire et droit océanique*, 12-13 juin 1975, *Economica*, Paris, 1977, pp. 20-22, Pelzer, N., *Aktuelle internationalrechtliche Probleme der friedlichen Reaktorschiffahrt*, In: Bernhardt, R., Rudolf, W. (eds), *Die Schifffahrtswelt im gegenwärtigen Völkerrecht*, Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht, Karlsruhe, 1975, pp. 75-85.

88 Beemelmans, H., *Internationalprivatrechtliche Fragen der Haftung für Reaktorschiffe*, *Rebels*

the operator of nuclear ships, as provided by the Rijeka Draft and later by the Brussels Convention.

However, certain special rules were provided by these bi-lateral agreements for further specification of liability conditions. Thus, the Agreement between the Federal Republic of Germany and the Netherlands, adopted on 28th October, 1968,⁸⁹ provided for a liability limit of 400 million Deutschmark, which was at that time higher than the liability limit provided by the Brussels Convention.⁹⁰ Further, the Agreement also provided, that the Regional Court in the Haag is *exclusively* competent to deal with liability claims.⁹¹ The rather high liability limit of 400 million Deutschmark was also provided in the Agreement between the Federal Republic of Germany and Liberia, adopted on 27th May, 1970.⁹² However, this Agreement provided, that the claimant will have choice of jurisdiction between the court of the licensing State and the port State.⁹³ The agreements the Federal Republic of Germany concluded with Argentina (on 21st May, 1971⁹⁴) and Brazil (on 7th June, 1972⁹⁵) basically referred to the provisions of the Brussels Convention without any deviation.

Lastly, it is interesting to add that the Rijeka Draft also influenced national legislation. This was the case of the Netherlands, which was a signatory State to the Brussels Convention. In order to enlarge the rules of liability, as established by this Convention, also *vis-à-vis* prospective nuclear ships licensed by non-contracting States, the Netherlands issued an Act containing regulations on the liability of operators of nuclear ships in 1973 (*Wet houdende regelen inzake wettelijke aansprakelijkheid van exploitanten van nucleaire shepen*).⁹⁶ As of today, the Act is still valid.

4. CONCLUSIONS

“Will these ships be welcomed in the ports of the world or will they, like the fable “Flying Dutchman”, be destined to sail the high seas until the day of the judgement, barred from entering port?”⁹⁷ The question posed by Commander William H. Thornton, when reflecting the Rijeka Draft in 1960, can clearly be answered today. Civil nuclear ships were a failure. They proved not to be commercially attractive and, consequently, all interest in multiplying civil nuclear fleets faded. The only field where nuclear propulsion proved successful was Arctic transport. However, as the nuclear icebreakers did not enter foreign ports, there has been never a need to cover them by a respective international convention.

The Rijeka Draft, as adopted at the Nineteenth Conference of the IMC 60 years

Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, vol. 41, 1/1977, pp. 19-23.

89 BGBl. 1969 II 1121.

90 Beemelmans, H., op. cit., p. 20.

91 *loc. cit.*

92 BGBl. 1971 II 953.

93 Beemelmans, H., op. cit., p. 22.

94 BGBl. 1972 II 68.

95 BGBl. 1974 II 685.

96 Netherlands ratified the Brussels Convention in 1974.

97 Thornton, W., op. cit., p. 9.

ago, was a product of legal foresight. In the field of international nuclear law, the Rijeka Draft is a salient example of an instrument that does not merely react to an incident that has already happened, but aims to provide legal framework that facilitates relations arising by potential incidents in the future. Despite the fact, the Rijeka Draft failed to provide a base for a working multilateral liability framework, it must be viewed as a product of legal futurism, awaiting certain technological developments in the future and paving the way for its realisation.

Most recently, the discussions on further development of nuclear power in naval transport are again *en vogue*. The Russian Federation and China announced their plans to operate transportable nuclear power plants and to offer them to other States on a commercial basis. Such developments will again⁹⁸ trigger the liability principles, adopted by the Rijeka Draft, as special bi-lateral agreements will be needed to facilitate the operation of such transportable installations.

Consequently, the Rijeka Draft proved to be an instrument that had a broad impact on international nuclear law over the last decades. Potentially, and depending on further developments, the principles adopted will also be reflected in the future. Therefore, the Draft deserved a *requiem* to be made in the year of its 60th anniversary.

BIBLIOGRAPHY

1. Beemelmans, Hubert, Internationalprivatrechtliche Fragen der Haftung für Reaktorschiffe, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 41, 1/1977, pp. 1-38.
2. Belli, Giovanni, La conferenza diplomatica per una convenzione sulla responsabilità civile degli utilizzatori di navi nucleari, *Diritto ed economia nucleare*, vol. 1, 1/1961, pp. 353-365.
3. Berman, William, Hydeman, Lee, International Control of the Safety of Nuclear-Powered Merchant Ships, *Michigan Law Review*, vol. 59, 2/1960, pp. 233-258.
4. Bernaerts, Arnd, Die Haftung der Inhaber deutscher Reaktorschiffe – Brüsseler Reaktorschiffs-Übereinkommen, *Atomgesetz, Bilaterale Übereinkommen*, Georg-August Universität, Göttingen, 1977.
5. Bönthe, Eugène, La limitation de la responsabilité des propriétaires et exploitants de navires conventionnelles et nucléaires, *Journal des Tribunaux*, vol 78, 4/1963, pp. 418-422.
6. Boulanger, Werner, International conventions and agreements on nuclear ships, *Nuclear Law for a Developing World*, vol 5, 1969, pp. 179-185.
7. Brown, James, Nuclear Ship Savannah and the Law, *University of Florida Law Review*, vol. 15, 2/1962, pp. 299-325.
8. Carbone, Ferdinando, Navires nucléaires, lois nationales et droit européen, *Revue trim. de droit européen*, vol 4, 2/1968, pp. 332-349.
9. Chaveau, Pierre, Les navires nucléaires á la Conférence de Rijeka, *Semaine juridique*, 1960, pp. 1529-1530.
10. Colliard, Claude-Albert, La Convention de Bruxelles relative á la responsabilité des exploitants de navires nucléaires, *Annuaire français de droit international*, vol. VIII, 1962, pp. 41-64.
11. Dagna, Camilla, La responsabilità dell'armatore di navi nucleari, *Diritto ed economia nucleare*, vol. 1, 1959, pp. 267-272.

98 Handrlica, J., Transportable nuclear power plants: an enigma of international nuclear liability law, *Journal of World Energy Law & Business*, vol. 12, 2019, pp. 590-612.

12. Fergusson, Ernst, Liability for nuclear powered vessels: the work toward an international convention – some problems and principles”, *Atomic Energy Law Journal*, vol. 2, 1/1960, pp. 25-35.
13. Filipović, Velimir, Problemi odgovornosti za nuklearne štete i Riječka konferencija CMI, *Naša zakonitost*, 1960, pp. 179-186
14. Filipović, Velimir, Riječka konferencija međunarodnog pomorskog odbora (CMI-a) 1959. I odgovornost poduzetnika nuklearnih brodova. *Zbornik Pravnog Fakulteta u Zagrebu*, vol. 52, 6/2002, pp. 1181-1190.
15. Govare, James-Paul, Le droit maritime en matière nucléaire, *Aspects de droit de l'énergie atomique*, vol. 1, 1965, pp. 219-222.
16. Handrlica, Jakub, The Brussels Convention on the Liability of Operators of Nuclear Ships: Expectations, Basic Principles and the Reasons of Failure, *Czech Yearbook of Public and Private International Law*, vol. 5, 2014, pp. 121-138.
17. Handrlica, Jakub, Novotná, Marianna, The Vienna convention on civil liability for nuclear damage: past, evolution and perspectives, *Juridical Tribune – Tribuna Juridica*, vol. 8, 2018, pp. 48-63.
18. Handrlica, Jakub, Underground repositories, reprocessing facilities and floating nuclear power plants: liability issues revisited, *Journal of Energy & Natural Resources Law*, vol. 37, 2019, pp. 263-288.
19. Handrlica, Jakub, Transportable nuclear power plants: an enigma of international nuclear liability law, *Journal of World Energy Law & Business*, vol. 12, 2019, pp. 590-612.
20. Hardy, Michael, Nuclear Liability: General Principles of Law and Further Proposals, *British Yearbook of International Law*, vol. 36, 1960, pp. 223-249.
21. Hardy, Michael, The liability of operators of nuclear ships, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 12, 3/1963, pp. 778-788.
22. Hoog, Günther, Henkmann, Marie-Louise, Wallas, Ingo, *Die Konvention über die Haftung der Inhaber von Atomschiffen*, A. Metzner, Hamburg, 1970.
23. Iorish, Abram, *Atom i pravo, Mezdunarodnyie otnosheniya*, Moskva, 1969.
24. Jabel, Heinrich, Zum Haftungsbeschränkungsfond der Brüsseler Atomschiffskonvention, In: *Wirtschaft und Atomenergie im internationalen Recht. Institutsfestgabe für Georg Erler, Georg-August Universität, Göttingen*, 1965, pp. 257-269.
25. Klarr, Heinrich., Loosch, Rudolf., *Rechtsfragen zum kommerziellen Einsatz der Savannah in deutschen Gewässern, Atomwirtschaft*, vol. 10, 10/1965, pp. 553-563.
26. Könz, Peider, Liability of Operators of Nuclear Ships: the 1961 Brussels Conference, *Progress in Nuclear Energy*, vol. 3, 1962, pp. 327-329.
27. Könz, Peider, The 1962 Brussels convention on the liability of operators of nuclear ships, *American Journal of International Law*, vol. 57, 1/1963, pp. 101-120.
28. Kovar, Robert, Les accords conclus au sujet du Savannah et la responsabilité civile des exploitants de navires nucléaires, *Annuaire française de droit international*, vol. 11, 1965, pp. 783-809.
29. Legendre, Alexandre, La conférence de Rijeka, *Droit maritime français*, vol. 36, 1959, pp. 707-709.
30. Legendre, Alexandre, La conférence diplomatique de Bruxelles de 1962, *Droit maritime français*, vol. 39, 1962, pp. 575-578.
31. Lilar, Albert, Van den Bosch, C., *Le Comité Maritime International 1897-1972 / International Maritime Committee 1897-1972*.
32. Lucchini, Laurent, Voelckel, Maurice, *Colloque: Droit nucléaire et droit oceanique*, 12-13 juin 1975, Economica, Paris, 1977.
33. Miller, Carl, Problems of international legislation regulating the liability of operators of nuclear ships, *Progress in Nuclear Energy*, vol. 3, 1962, pp. 306-312.
34. OECD, *Nuclear Power for Merchant Ships*, *OECD Observer*, 1970, pp. 27-37.
35. Ost, François, Les navires à propulsion nucléaire et le droit, *Journal des tribunaux*, 1/1963,

- pp. 15-17.
36. Parlavantzas, Petros, La responsabilité des exploitants de navires nucléaires, *Revue hellénique de droit international*, vol. 15, 1962, pp. 87-95
 37. Pelzer, Norbert, Aktuelle internationalrechtliche Probleme der friedlichen Reaktorschiffahrt, In: Bernhardt, Rudolf, Rudolf, Walter (eds), *Die Schiffahrtsfreiheit im gegenwärtigen Völkerrecht*, *Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht*, Karlsruhe, 1975, pp. 75-85.
 38. Seaver, Robert, The impact of nuclear propulsion on admiralty and shipping law, In: American Bar Association (ed), *Section of Negligence, Insurance and Compensation Law, Proceedings 1959-1960*, American Bar Center, Chicago, 1960, pp. 178-188.
 39. Sözer, Bulent, Liability of the Operators of Nuclear Ships according to Brussels Convention of 25th May 1962, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, vol. 7, 4/ 1974, p. 867-900.
 40. St. George, William, International Operational Regulations and the Nuclear-Powered Ship, *JAG Journal*, vol. 8, 3/1959, pp. 20-25.
 41. Szasz, Paul, The convention on the liability of operators of nuclear ships, *Journal of Maritime Law and Commerce*, vol. 2, 3/1971, pp. 541-570.
 42. Thornton, William, The Nuclear Ship in the International Community, *JAG Journal*, vol. 9, 3-4/1960, pp. 9-13.
 43. Zaldivar, Enrique, Responsabilidad emergente de la explotacion de buques nucleares, *Jornadas sobre derecho de la navegacion*, vol. 1, 1/1961, pp. 117-138.

Jakub Handrlica*

Sažetak

RIJEČKI NACRT KONVENCIJE O ODGOVORNOSTI PODUZETNIKA-BRODARA NUKLEARNIH BRODOVA: KASNI REKVIJEM

U Rijeci je pred šezdeset godina od 20. do 26. rujna 1959. održana devetnaesta konferencija Međunarodnog pomorskog odbora (*Comité Maritime International*). Suočavajući se s izazovima proizašlim iz korištenja nuklearne energije u pomorskom prijevozu (posebice vezano uz korištenje nuklearnih reaktora kao izvora prijevoza u putničkim i vojnim brodovima, na konferenciji je usvojen jedan nacrt, čiji je cilj bio dotaći se odgovornosti poduzetnika-brodara nuklearnih brodova. Taj je nacrt reflektirao činjenicu da se odgovornost poduzetnika-brodara nuklearnih brodova znatno razlikuje od odgovornosti koja proizlazi iz nuklearnih reaktora smještenih na čvrstom tlu. Ovaj nacrt, koji je kasnije u pravnoj literaturi postao poznat kao „Riječki nacrt”, predvidio je temeljna načela odgovornosti za poduzetnike-brodare nuklearnih brodova. Odigrao je i veliku ulogu u kasnijem razvoju međunarodnog nuklearnog prava, posebice pri usvajanju briselske Konvencije o odgovornosti poduzetnika-brodara nuklearnih brodova na jedanaestoj sjednici Diplomatske konferencije za pomorsko pravo 1962. godine. Utjecao je i na sadržaj nekih drugih bilateralnih sporazuma. Šezdeseta obljetnica Riječkog nacrta izvrsna je prilika za preispitivanje njegovih načela kao i njegovog utjecaja na daljnji razvoj međunarodnog nuklearnog prava.

Ključne riječi: *odgovornost za nuklearnu štetu; nuklearni brodovi; međunarodno nuklearno pravo; međunarodno pomorsko pravo; načela odgovornosti.*

Zusammenfassung

RIJEKA-ENTWURF DES NUKLEARSCHIFF- ÜBEREINKOMMENS: EIN SEHR SPÄTES REQUIEM

Die Neunzehnte Konferenz des Internationalen Seeschiffahrtssausschusses (*Comité Maritime International*) wurde vor sechzig Jahren vom 20. bis zum 26. September 1959 in Rijeka gehalten. Als Antwort auf die Herausforderungen bezüglich

* Dr. sc. Jakub Handrlica, izvanredni profesor, Pravni fakultet, Karlovo sveučilište u Pragu, jakub.handrlica@prf.cuni.cz.

der Nuklearenergienutzung in der Seeschifffahrt (insbesondere bezüglich der Nutzung von Kernreaktoren als Transportquelle für sowohl Passagier- als auch Militärschiffe), nahm die Konferenz einen Entwurf an, mit dem Ziel, die Haftung der Betreiber von Nuklearschiffen anzusprechen. Dieser Entwurf widerspiegelte die Tatsache, dass die Haftung, die sich aus Nuklearschiffen ergibt, sich von der mit der Betreibung von landgestützten Kernreaktoren verbundenen Haftung wesentlich unterscheidet.

Dieser Entwurf, der später auch als „Rijeka-Entwurf“ in der Rechtsliteratur bekannt wurde, hat grundlegende Haftungsgrundsätze für Betreiber der Nuklearschiffe vorgesehen. Der Rijeka-Entwurf spielte eine große Rolle bei späteren Entwicklungen im Bereich des internationalen Nuklearrechtes, insbesondere bei der Annahme des Brüssel-Übereinkommens über die Haftung von Betreiber der Nuklearschiffe auf der Elften Tagung der Diplomatischen Seerechtkonferenz in 1962. Er hat aber auch den Inhalt von einigen anderen bilateralen Übereinkommen beeinflusst. Das sechszigste Jubiläum des Rijeka-Entwurfs bietet die Gelegenheit an, die Grundsätze des Entwurfs sowie auch sein Einfluss auf weitere Entwicklungen des internationalen Nuklearrechtes erneut zu überprüfen.

Schlüsselwörter: *Nuklearhaftung; Nuklearschiffe; internationales Nuklearrecht; internationales Seerecht; Haftungsgrundsätze.*

Riassunto

IL DISEGNO FIUMANO DELLA CONVENZIONE SULLA RESPONSABILITA' DEGLI OPERATORI DELLE NAVI NUCLEARI: UN TARDO *REQUIEM*

Sessant'anni fa dal 20 al 26 settembre del 1959 si tenne a Fiume la novantesima Conferenza del Comitato marittimo internazionale (*Comité Maritime International*). Nell'approcciarsi alle sfide derivanti dai piani contemporanei di usare l'energia nucleare nel trasporto marittimo (in particolare di usare i reattori nucleari quale fonte per il trasporto sia di navi civili, che militari), la Conferenza adottò un disegno di convenzione avente lo scopo di porre in rilievo la questione della responsabilità degli operatori di navi nucleari. Il disegno di convenzione manifestò il fatto che le questioni della responsabilità derivanti dalle navi nucleari differiscono considerevolmente rispetto a quelle questioni derivanti dalle operazioni dei reattori nucleari su terraferma. Tale disegno di convenzione, che successivamente divenne noto nella letteratura giuridica come "*the Rijeka Draft*", offrì i principi fondamentali in materia di responsabilità che si sarebbero dovuti applicare agli operatori delle navi nucleari. Il "*Rijeka Draft*" divenne di importanza cruciale per i successivi sviluppi nel campo del diritto nucleare internazionale ed in specie per l'adozione della Convenzione di Bruxelles sulla responsabilità delle navi nucleari all'undicesima sessione della conferenza diplomatica sul diritto marittimo nel 1962. Ad ogni modo, esso influenzò

anche il contenuto di alcuni altri accordi bilaterali. Il sessantesimo anniversario del “*Rijeka Draft*” offre una buona opportunità per rivisitare i principi offerti dal disegno di convenzione, come anche per rivisitare l’impatto di questo disegno sul futuro sviluppo del diritto nucleare internazionale.

Parole chiave: *responsabilità; navi nucleari; diritto internazionale nucleare; diritto marittimo internazionale; principi di responsabilità.*

SUVREMENI IZAZOVI U PROVOĐENJU SOCIJALNE POLITIKE S POSEBNIM NAGLASKOM NA MJERE SOCIJALNE INTERVENCIJE

Doc. dr. sc. Vanja Smokvina *
Magdalena Čunčić, mag. iur.**

UDK: 331.359:349.2(497.5)
<https://doi.org/10.30925/zpfsr.40.3.9>
Ur.: 11. listopada 2019.
Pr.: 9. prosinca 2019.
Pregledni rad

Sažetak

Autori u radu ističu važnost socijalnih intervencija kao mjera socijalne politike u svladavanju izazova suverenoga društva. Naglasak je dan na mjere poput dječjeg doplatka, naknada za roditeljski dopust, subvencioniranje stambenih kredita mladih obitelji te druge mjere pronatalitetne i obiteljske politike ne samo na državnoj, već i na lokalnoj razini.

Ključne riječi: *socijalna politika; socijalne investicije; socijalna Hrvatska; Europska unija*

1. UVOD

Nakon Drugog svjetskog rata javlja se zamisao o državi blagostanja s dva važna temelja: punom zaposlenosti i stabilnom obitelji, u sklopu glavnoga cilja, suzbijanja siromaštva.¹ To se može postići i osigurati učinkovitim mjerama socijalne politike, odnosno organiziranom djelatnosti države i drugih društvenih čimbenika u cilju prevladavanja socijalnih rizika, pomoći siromašnima i isključenim pojedincima te socijalnim skupinama, ujednačavanjem životnih šansi odnosno, općenito, unaprjeđivanjem socijalne dobrobiti građana. Glavni instrumenti socijalne politike su socijalna prava i socijalni programi kojima se ona praktično ostvaruje.² Drugim riječima, cilj je socijalne politike poboljšanje životnih i radnih uvjeta svih građana.

Temelj za formiranje sustava socijalnog osiguranja su socijalni slučajevi

* Dr.sc. Vanja Smokvina, docent, Sveučilište u Rijeci, Pravni fakultet; vsмокvina@pravri.com.

** Magdalena Čunčić, mag. iur.; magdalenacuncic@gmail.com.

Ovaj je rad sufinanciralo Sveučilište u Rijeci projektom „Pravni aspekti digitalne transformacije društva“, uniri-drustv-18-252. Rad predstavlja skraćeni i doradeni diplomski rad studentice Magdalene Čunčić (mentor: doc. dr. sc. Vanja Smokvina) pod nazivom „Socijalna prava s posebnim osvrtom na Zakon o roditeljskim i roditeljskim potporama i mjere populacijske politike u Republici Hrvatskoj“, obranjenog u srpnju 2019. godine na Sveučilištu u Rijeci, Pravnom fakultetu.

1 Učur, M. Đ., *Socijalno pravo*, Zagreb, Informator, 2000., str. 1.

2 Puljiz, V. i dr., *Socijalna politika Hrvatske*, Zagreb, Pravni fakultet, 2008., str. XI.

ili socijalni rizici kojima građani mogu biti pogođeni, koji ne moraju uvijek biti iznenađujući ili neplanirani. Rizike definiramo kao buduće ili sadašnje stanje, uvijek više ili manje negativno, u smislu zadovoljavanja uvjeta života, bez obzira na to jesu li bili željeni (planirani) ili neplanirani (neželjeni).³ Različite su podjele socijalnih rizika prema uzrocima njihovih pojava, koji mogu biti fiziološki (npr. bolest, starost, smrt, invaliditet, majčinstvo), obiteljski (npr. povećanje broja djece u obitelji, zaposlenost ili nezaposlenost roditelja, prihodi roditelja, zdravlje djece i roditelja), socijalni rizici (npr. rat, nezaposlenost, ekonomske krize), profesionalni rizici (npr. ozljeda na radu, profesionalna bolest, gubitak posla) pa i rizici koji nastaju prirodnim katastrofama (npr. požar, potres, poplava). Socijalno osiguranje obuhvaća mnoga područja, ovisno o tome kojim su rizicima pojedinci pogođeni, a osiguranje obiteljskih dodataka koje se odnosi i na mjere pronatalitetne politike te pomoći obitelji s djecom jedno je od tih područja.

Glavna je hipoteza ovoga rada da se razvojem suvremenoga društva pojavljuje potreba za novim oblicima socijalnih ulaganja, odnosno socijalnih investicija u sklopu sustava socijalne politike. Stoga će autori analizirati strateške dokumente Europske unije (u daljnjem tekstu: EU), ali i pravni okvir te strateške smjernice (socijalnih) politika Republike Hrvatske (u daljnjem tekstu: RH). Posebnu važnost dat će mjerama, socijalnim ulaganjima, kojima se nastoji uskladiti profesionalni i obiteljski život u RH s osobitim naglaskom na obiteljske i populacijske politike, a osobito pronatalitetne politike usmjerene ponajprije na žene i mlade obitelji s djecom.

2. NOVI SOCIJALNI RIZICI I SOCIJALNE INVESTICIJE (ULAGANJA) U SUSTAVU SOCIJALNE POLITIKE

Socijalni rizici se s vremenom mijenjaju, a s time se nužno trebaju mijenjati i prilagođavati socijalne politike država. Veliki su izazovi pred državama i usklađivanje socijalne politike ekonomskim krizama u kojima uglavnom dolazi do rezanja socijalnih troškova. Socijalne države u Europi dugo odgađaju „ozbiljnije suočavanje“ s posljedicama novih socijalnih rizika povezanih s promjenama u obitelji, novim demografskim uvjetima niskoga fertiliteta, starenja populacije i propusta tržišta u privatnom pružanju socijalne sigurnosti.⁴ Te su promjene tipične za postindustrijska društva. „Došlo je do značajnog preokreta trenda u zapošljavanju, od dominantnog rasta zapošljavanja u industriji prema rastu zapošljavanja u uslugama u Europi u posljednjih nekoliko desetljeća.“⁵ Taj se proces može definirati kao deindustrijalizacija i tercijarizacija zaposlenosti. „Naime, sve se manje može očekivati stabilno zaposlenje tijekom cijele radne karijere. Više nego ikad prije ljudi mogu očekivati isprekidane

3 Učur, M. Đ., op. cit., str. 61.

4 Hemerjick, A., Two or three ways of welfare state transformation, str. 55, u: *Towards a social investment welfare state? Ideas, Policies and Challenges*, N. Morel, B. Palier, J. Palme (ur.), Bristol, The Policy Press, 2012., prema Babić, Z. i Baturina, D., *Koncept socijalnih investicija kao odgovor na krizu i nove izazove socijalne države: trendovi i perspektive*, *Revija za socijalnu politiku*, vol. 23, 1/2016, str. 40.

5 Cousins, M., *European Welfare States: Comparative Perspectives*, London, Sage, 2005., prema Babić Z. i Baturina, D., op. cit., str. 41.

radne karijere, koje podrazumijevaju veće nestabilnosti i češće izmjene razdoblja zaposlenosti i nezaposlenosti, kao i rad na određeno vrijeme te rad sa skraćenim radnim vremenom.⁶ Živimo u vremenu u kojem se struktura obitelji uvelike mijenja, pa tako u velikom broju zemalja EU-a, pa i u RH, dolazi do povećanja stope razvoda (tablica 1.), jedno-roditeljskih obitelji te povećanja broj samačkih kućanstava (tablica 2.).

Tablica 1. Sklopljeni i razvedeni brakovi (izvor: DZS)⁷

	Sklopljeni brakovi		Razvedeni brakovi	
	ukupno	na 1 000 stanovnika	ukupno	na 1 000 sklopljenih
1950.	37 995	9,9	3 137	83
1960.	36 761	8,9	4 811	131
1970.	37 319	8,5	5 333	143
1980.	33 310	7,3	5 342	160
1990.	27 924	5,8	5 466	196
2000.	22 017	5,0	4 419	201
2005.	22 138	5,0	4 883	221
2010.	21 294	4,8	5 058	238
2015.	19 834	4,7	6 010	303
2016.	20 467	4,9	7 036	344

Tablica 2. Privatna kućanstva prema broju članova, popisi stanovništva 1953.-2011. (izvor: DZS)⁸

	Popisi stanovništva						
	1953.	1961.	1971.	1981.	1991.	2001.	2011.
Ukupno	1.031.910	1.167.586	1.289.325	1.423.862	1.544.250	1.477.377	1.519.038
%	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0
Samačka kućanstva	14,1	16,0	15,5	16,0	17,8	20,8	24,6
2 člana	16,7	17,7	18,6	21,1	22,5	23,6	25,6
3 člana	18,8	19,4	21,1	21,5	20,2	19,0	18,8
4 člana	18,0	19,1	20,8	22,6	23,5	20,6	17,3
5 članova	13,3	12,9	12,1	10,1	9,2	9,2	8,0

6 ibid., str. 42.

7 Državni zavod za statistiku Republike Hrvatske, *Žene i muškarci u Hrvatskoj 2018.*, dostupno na: https://www.dzs.hr/Hrv_Eng/menandwomen/men_and_women_2018.pdf (23.07.2019.).

8 Državni zavod za statistiku Republike Hrvatske, *Privatna kućanstva prema broju članova*, dostupno na: https://www.dzs.hr/Hrv/censuses/census2011/results/htm/Usp_06_HR.htm (23.07.2019.).

6 članova	8,5	7,5	6,5	5,2	4,4	4,3	3,5
7 i više članova	10,6	7,4	5,4	3,5	2,4	2,5	2,2
Prosječan broj članova kućanstva	3,8	3,6	3,4	3,2	3,1	3,0	2,8

S druge strane, udio starije populacije stalno se povećava jer se napretkom medicine i poboljšanjem zdravstvene zaštite produljio očekivani životni vijek čovjeka što je dodatni pritisak na zdravstveni i mirovinski sustav, a time i na učinkovitost čitave socijalne politike neke države. Osim toga, razvojem društva udio žena na tržištu rada i udio visoko obrazovanih žena (tablica 3.) kontinuirano raste, što logično dovodi do nužnosti usklađivanja profesionalnog i obiteljskog života roditelja o čemu će još biti govora u nastavku.

Tablica 3. Studenti koji su diplomirali na visokim učilištima (izvor: DZS)⁹

	Ukupno	Žene	Muškarci	Spolna raspodjela, %	
				žene	muškarci
1960.	3 488	1 110	2 378	31,8	68,2
1970.	8 509	3 921	4 588	46,1	53,9
1980.	13 955	6 228	7 727	44,6	55,4
1990.	9 706	5 213	4 493	53,7	46,3
2000.	13 510	7 506	6 004	55,6	44,4
2005.	18 190	10 845	7 345	59,6	40,4
2006.	19 566	11 594	7 972	59,3	40,7
2007.	20 969	12 180	8 789	58,1	41,9
2008.	25 573	15 014	10 559	58,7	41,3
2009.	30 156	17 681	12 475	58,6	41,4
2010.	32 378	19 679	12 699	60,8	39,2
2011.	36 488	21 354	15 134	58,5	41,5
2012.	36 964	21 991	14 973	59,5	40,5
2013.	35 252	20 763	14 489	58,9	41,1
2014.	33 741	20 210	13 531	59,9	40,1
2015.	34 745	20 700	14 045	59,6	40,4
2016.	32 895	19 718	13 177	59,9	40,1

Sve prethodno navedeno novi su socijalni rizici s kojima se danas suočavaju moderne države. Oni imaju tendenciju utjecaja na ljude u mlađim razdobljima života, obično pri ulazu na tržište rada i uspostavljanju svoga položaja unutar njega te u trenutku preuzimanja odgovornosti u razdoblju izgradnje obitelji. Uključuju rizike

9 Državni zavod za statistiku Republike Hrvatske, *Žene i muškarci u Hrvatskoj 2018.*, dostupno na: https://www.dzs.hr/Hrv_Eng/menandwomen/men_and_women_2018.pdf (23.07.2019.), str. 31.

povezane s integracijom na tržište rada, kao i rizike povezane s obiteljskim životom.¹⁰ Tzv. „stari“ socijalni rizici kao što su bolest, starost, invaliditet ili nezaposlenost i danas su prevladavajući dio socijalnih programa država u Europi. Takvi se programi nazivaju i kompenzacijskim programima jer su usmjereni na popravljjanje posljedica koje su nastupile pojavom određenih rizika. Nasuprot tomu, javlja se novi pristup, a to je koncept socijalnih investicija (ulaganja).¹¹ U tom smislu, koncept socijalnih investicija ide za pomirbom zahtjeva za ekonomskom učinkovitošću tržišta s jedne strane i „socijalne orijentacije“ modernih socijalnih država s druge. Postavlja se imperativ da se socijalna politika odmakne od obrasca pasivnog *post festum* djelovanja na društvene promjene. Konačno, na socijalna ulaganja gleda se kao na ulaganja koja jačaju kapacitet pojedinaca da se spremni aktivno suoče sa životnim rizicima.¹²

Važnost koncepta socijalnih investicija, pogotovo kada znamo za velike nejednakosti država eurozone kada je riječ o razmjeni rada,¹³ prepoznao je i EU u svojim dokumentima. „U okviru strategije *Europa 2020 za pametan, održiv i uključiv rast* utvrđuju se ciljevi kojima bi se iz siromaštva i socijalne isključenosti izvuklo najmanje 20 milijuna ljudi te povećala stopa zaposlenosti stanovništva u dobi od 20 do 64 godine na 75 %“.¹⁴ Europska je komisija kao potporu strategiji 2013. pokrenula *Paket za socijalno ulaganje* s naglaskom na važnost ulaganja u ljudski kapital u obrazovanju. Komisija s pomoću paketa mjera za socijalno ulaganje državama članicama nudi smjernice za modernizaciju sustava socijalne skrbi u cilju socijalnog ulaganja tijekom cijeloga života.¹⁵ Taj je paket usklađen i nadopunjen *Paketom mjera za zapošljavanje*,¹⁶ *Paketom mjera za zapošljavanje mladih*¹⁷ te *Bijelom knjigom o mirovinama*¹⁸. Glavna područja socijalnih investicija u zemljama EU-a su ulaganja u aktivnu politiku zapošljavanja, ulaganja u obitelj i djecu te posljednje, no ništa manje važno, ulaganje u obrazovanje. Nažalost, u sva tri područja RH zaostaje za europskim prosjekom. Tako, npr. na ulaganje u programe za obitelj i djecu RH je prema podacima Eurostata 2013. izdvojila tek 1,6 % BDP-a dok je europski prosjek 2,2 % BDP-a. Zemlje koje najviše izdvajaju su Danska i Luksemburg s 3,6 % BDP-a (graf 1.).

10 Babić, Z. i Baturina, D., op. cit., str. 43.

11 Europska komisija, Ulaganje u socijalnu politiku, dostupno na: <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=1044> (10.07.2019.).

12 Babić, Z. i Baturina, D., op. cit., str., 45.

13 Rubinić, I. i Tajnikar, M., Labour force exploitation and unequal labour exchange as the root cause of the Eurozone's inequality, *Društvena istraživanja*, vol. 28, 2/2019, str. 207-228.

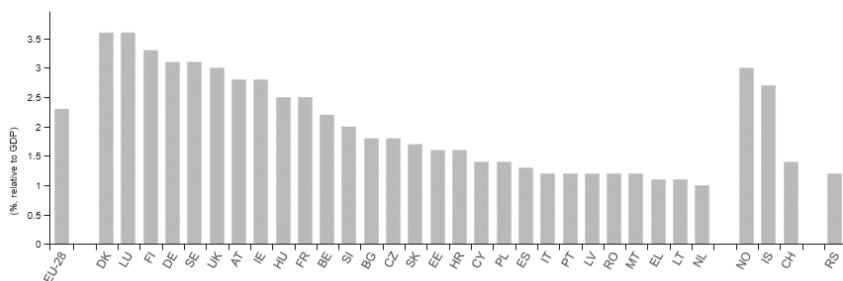
14 Europska komisija, Socijalna zaštita i socijalno uključivanje, dostupno na: <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=750&langId=hr> (23.07.2019.).

15 *loc. cit.*

16 Europska komisija, Paket mjera za zapošljavanje, dostupno na: <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=1039&langId=en> (23.07.2019.).

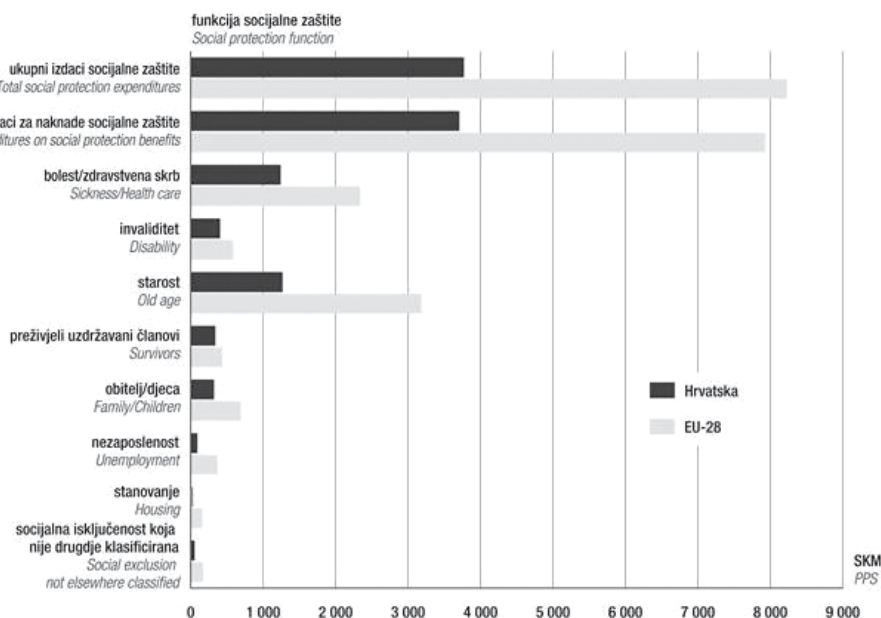
17 Europska komisija, Zapošljavanje, socijalna pitanja i uključenost, dostupno na: <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?langId=en&catId=1036&newsId=1731&furtherNews=yes> (23.07.2019.).

18 European Commission, EU sets out plans for adequate, safe and sustainable pensions, dostupno na: <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?langId=en&catId=89&newsId=1194&furtherNews=yes>.



Graf 1. Udio izdataka za obitelji i djecu u BDP-u u zemljama EU, 2013. (izvor: Eurostat) ¹⁹

Nužnim se stoga čini modernizirati socijalnu državu u RH u smislu određenoga zaokreta prema programima socijalnih ulaganja te povećati izdvajanja za obrazovanje, djecu i obitelj kao i programe aktivne politike zapošljavanja, kako bi se potaknuli pozitivni razvojni učinci programa socijalne politike s jedne strane te preventivni učinci socijalnih programa u suočavanju s novim socijalnim rizicima s druge.²⁰ Osim u navedenim područjima, RH zaostaje i za državama članicama EU-a i po izdancima u svim drugim područjima socijalne zaštite (graf 2.).



Graf 2. Izdanci za socijalnu zaštitu po stanovniku, EU-28 i Republike Hrvatske prema funkcijama socijalne zaštite, izraženi u standardu kupovne moći (SKM) u 2016. (izvor: DZS)²¹

¹⁹ Eurostat, Social protection statistics - family and children benefits, dostupno na: https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Social_protection_statistics_-_family_and_children_benefits (23.07.2019.).

²⁰ Babić, Z. i Baturina, D., op. cit., str. 56.

²¹ Državni zavod za statistiku, Socijalna zaštita u Republici Hrvatskoj u 2017., Zagreb, Državni zavod za statistiku, 2019., dostupno na: https://www.dzs.hr/Hrv_Eng/

Obiteljske politike, politike usklađivanja profesionalnog i obiteljskog života i pronatalitetne politike ključne su za suočavanje s pojavom prethodno navedenih rizika za sve države članice EU-a. Problem postizanja učinkovite obiteljske i populacijske politike kojima će se s jedne strane osigurati kvalitetniji život obiteljima, posebno obiteljima s djecom, a s druge utjecati na povećanje stope fertiliteta i time potaknuti pozitivne demografske trendove, vrlo je aktualan, ali i vrlo složen. U nastavku rada autori će nastojati prikazati kako se RH pokušava suočiti s tom kompleksnom problematikom, ukazati na neke pozitivne pomake, ali i mnoge probleme koji su prisutni, pritom dajući primjere i usporedbu s drugim državama članicama EU-a, odnosno načinom na koji su razvijenije države EU-a pristupile rješavanju aktualne problematike.

3. SOCIJALNA (OBITELJSKA) POLITIKA HRVATSKE

„Obiteljska se politika definira kao cjelovit i sustavan skup mjera koje djeluju u korist obitelji, posebno obitelji s djecom. Mjere obiteljske politike pomažu u prevladavanju nepovoljnih ekonomskih, socijalnih, zdravstvenih, stambenih situacija; one ublažavaju financijski teret koji obiteljima donose djeca, omogućavaju usklađivanje obiteljskih i radnih obveza te, općenito, štite trudnice, mlade majke i djecu.“²² Cilj na koji je usmjerena obiteljska politika poboljšanje je kvalitete života obitelji i upravo se po tome razlikuje od pojma populacijske politike. Populacijska je politika usmjerena na demografske promjene, odnosno na povećanje ili smanjenje broja stanovnika. U državama članicama EU-a uglavnom se radi o populacijskim politikama koje su usmjerene na povećanje broja stanovnika pa je tako i u RH. Ipak, obiteljska i populacijska politika usko su povezane i utječu jedna na drugu, a mnoge mjere obiteljske politike u RH ujedno su i populacijske, odnosno pronatalitetne. Povijesno gledano, važnu ulogu u brizi o obitelji, posebno djeci imale su različite religijske organizacije, dok danas govorimo o obiteljskoj politici koja je dio državne politike. „Postoje, ipak, dosta velike razlike između nordijskih zemalja koje su razvijale tip obitelji s dva hranitelja i bivših socijalističkih zemalja, kao i razlike između pojedinih socijalističkih zemalja, što relativizira argumente o istom modelu obiteljske politike.“²³ Specifično za RH, posebno početkom devedesetih godina prošloga stoljeća, u obiteljskoj se, ali i socijalnoj politici općenito osjećao utjecaj socijalizma, no obiteljska se politika razvija i mijenja u skladu s ekonomskom situacijom i promjenama vlasti u državi. Pokazalo se, naime, da su obiteljska i populacijska politika veoma važno polje nadmetanja političkih stranaka u predizbornim kampanjama, dok su istodobno zapostavljane objektivne analize na kojima treba graditi dugoročnu i realno utemeljenu obiteljsku i populacijsku politiku.²⁴ Ipak, RH je od 1. srpnja 2013. članica EU-a i svoje cjelokupno zakonodavstvo, a time i ono iz područja obiteljske

publication/2019/10-01-05_01_2019.htm.

22 Stropnik, N., *Obiteljske politike u Europi*, Revija za socijalnu politiku, vol. 3, 2/1996, str. 105 prema Puljiz, V., *Obiteljska politika*, str. 317., u: *Socijalna politika*, Puljiz, V. (ur.), Zagreb, Pravni fakultet, 2005.

23 Puljiz, V., *Socijalna politika Hrvatske*, op. cit., str. 284

24 *ibid.*, str. 328.

politike, koje se obrađuje u ovome radu, a tiče se direktiva EU-a, morala je uskladiti s pravom Unije (EU *acquis*). Unatoč tomu još uvijek bitno zaostaje za ostalim državama članicama EU-a u području ulaganja u socijalnu zaštitu djece i obitelji (graf 2., *supra*).

4. ZAPOSLENOST (ŽENA) I OBITELJ – USKLAĐIVANJE PROFESIONALNOG I OBITELJSKOG ŽIVOTA

O potrebi usklađivanja profesionalnog i obiteljskog života došlo je zbog važnih demografskih problema na čitavom prostoru EU-a. Naime, kao što je već ranije spomenuto, udio starije populacije u ukupnom stanovništvu u stalnom je porastu što je veliki pritisak na područje socijalnog osiguranja, a s druge se strane smanjuje broj radno sposobnog stanovništva i broj mladih na tržištu rada. Unija je kao rješenje predložila poticanje povećanja stope zaposlenosti starije populacije, ali i žena. No, s druge strane smatra se da bi navedeno moglo dovesti do još dodatnog smanjenja stope „fertiliteta.“²⁵ Cilj je postići s jedne strane povećanje stope zaposlenosti žena, a s druge povećati stopu fertiliteta. No da bi se to postiglo potrebne su mjere koje bi roditeljima, ali ponajviše ženama omogućile usklađivanje poslovnih i obiteljskih obveza.

Kada govorimo o obiteljskom životu, s obzirom na hranitelja obitelji, razlikuje se nekoliko modela obitelji: model muškog hranitelja obitelji (muškarac je taj koji ekonomski doprinosi, a žena ostaje kod kuće i brine o djeci i kućanstvu), modernizirani model muškog hranitelja (muškarac radi puno radno vrijeme, a žena u skraćenom radnom vremenu pa tako doprinosi obitelji kao sekundarni hranitelj, ali samim time ima nižu plaću od muškarca) i dvohraniteljski model obitelji (oba roditelja ekonomski doprinose obitelji podjednako, ali razlike su u poslovima u obitelji, odnosno kućanskim poslovima i brizi za djecu, u jednom tipu obitelji te poslove obavljaju podjednako muškarac i žena, a u drugom dolazi do dvostruke opterećenosti žene, odnosno, očekuje se da žena uz ekonomski doprinos obitelji i u potpunosti preuzme brigu o kućanstvu i djeci).²⁶

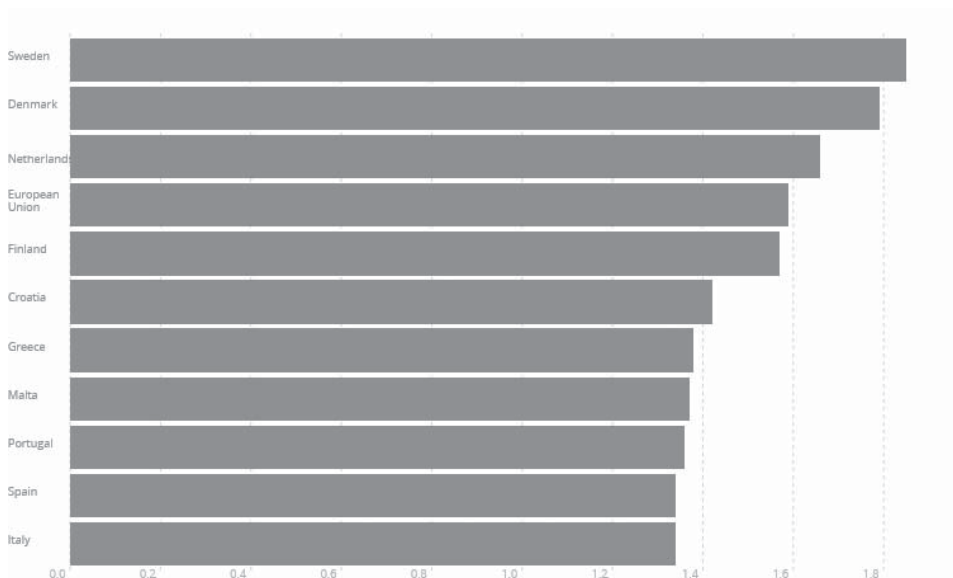
U razvijenim zemljama danas se sve više teži dvohraniteljskom modelu obitelji. Dvohraniteljski oblik obitelji u kojima dolazi do ravnopravnoga sudjelovanja u ekonomskom doprinosu i brizi za kućanstvo ipak je vrlo rijedak i nalazimo ga uglavnom u nordijskim zemljama. To su zemlje u kojima je tranzicija od tradicionalnoga modela muškoga hranitelja prema modernom obliku obitelji s dva hranitelja već završila. „U društvima poput hrvatskog, gdje su očekivanja o ulozi žene da se velikim dijelom brine o djeci visoka, a institucionalna potpora i infrastruktura zaposlenoj ženi majci nedostatna, njihov položaj sve je gori. Razlike među zemljama u brzini iščezavanja tradicionalnog modela muškog hranitelja i njihove zamjene dvohraniteljskim

25 Općenito plodnost, rodnost. U demografiji, broj živorođene djece u odnosu na broj žena u plodnom razdoblju. Pojam fertilno razdoblje ili razdoblje prokreacije, označuje u životu žene ono razdoblje kad je ona fiziološki sposobna sudjelovati u reprodukciji. Leksikografski zavod Miroslav Krleža, Hrvatska enciklopedija, dostupno na: <http://www.enciklopedija.hr/natuknica.aspx?id=19372> (20.07.2019.).

26 Akrap, A. i Čipin, I., Usklađivanje poslovnoga i obiteljskoga života u Hrvatskoj: utjecaj na fertilitet, Društvena istraživanja, vol. 20, 1/2011, str. 48-49.

modelom od ključne su važnosti prilikom ocjene veze između stope fertiliteta i stope participacije žena na tržištu rada.²⁷

Posljedično tomu, položaj žena na tržištu rada, rizik od nezaposlenosti i stope fertiliteta koje su relativno niske karakteristične su za zemlje kao što su RH i zemlje južne Europe, za razliku od skandinavskih zemalja u kojima je stopa fertiliteta relativno visoka i položaj žena na tržištu rada daleko bolje pravno i stvarno uređen. Prema podacima za 2017. stopa fertiliteta u RH iznosila je 1.42, dok je u Švedskoj iznosila 1.85, odnosno u Danskoj 1.79, što je više i od EU prosjeka koji iznosi 1.59 (graf 3.).



Graf 3. Stopa totalnog fertiliteta 2017. (izvor: Svjetska banka)²⁸

Ono što zaposlenim ženama u RH najviše priječi osiguravanje željenoga broja djece jest nedostatak fleksibilnosti na tržištu rada. U RH su poslovi sa skraćenim radnim vremenom rijetki, pa su udane žene prisiljene birati između posla s punim radnim vremenom ili ostati kod kuće kao kućanice. Navedeno nije nimalo poticajno okruženje za rađanje i podizanje djece. Istraživanja pokazuju da je rad sa skraćenim radnim vremenom važan resurs pri usklađivanju poslovnih aktivnosti i obiteljskog života.²⁹ Rad sa skraćenim radnim vremenom upravo je ono što bi u RH moglo smanjiti dvostruki teret koji se stavlja na zaposlenu ženu. Dobar je primjer Nizozemska „gdje uz zajedničku suradnju vlade, poslodavaca i sindikata postoje poslovi sa skraćenim radnim vremenom koji omogućuju stvaranje karijere kao normalan posao s punim

27 *ibid.*, str. 50.

28 The World Bank Group, Fertility rate, total (births per woman), dostupno na: https://data.worldbank.org/indicator/SP.DYN.TFRT.IN?end=2017&locations=EU-HR-FI-NL-SE-DK-GR-IT-MT-PT-ES&name_desc=false&start=2017&view=bar (20.07.2019.).

29 Akrap, A. i Čipin, I., op. cit., str. 52.

radnim vremenom.³⁰ Osim toga, uz Dansku,³¹ Nizozemska³² je dobar primjer uvođenja modela ne samo fleksibilizacije radnih odnosa, već i koncepta fleksigurnosti³³ radnih odnosa koji upravo u ovo području može uvelike pomoći. Iako su politike usklađivanja profesionalnog i obiteljskog života postale važan dio politika država članica EU-a, načini na koji ih zemlje provode su različiti, što dovodi do različitog učinka na položaj roditelja na tržištu rada. U posebice nepovoljnom položaju su žene, čije su stope aktivnosti u najranijoj djetetovoj dobi u većini zemalja bitno niže od stopa aktivnosti muškaraca, a izražen je rodni jaz u plaćama te horizontalna i vertikalna segregacija na tržištu rada uz vidljive varijacije među zemljama.³⁴ Naime, u zemljama gdje je veća ponuda poslova sa skraćenim radnim vremenom, u pravilu je i veća stopa zaposlenosti žena, osim u Nizozemskoj, gdje je takav oblik rada toliko rasprostranjen da je čak i metoda pripreme za odlazak u mirovinu.³⁵ Najviše žena koje rade sa skraćenim radnim vremenom nalazimo u skandinavskim zemljama, a koje su poznate i po visokoj fleksibilnosti tržišta rada, posebice za žene s malom djecom. Jedan je od razloga visoke stope zaposlenosti ženskoga stanovništva u skandinavskim zemljama upravo široka dostupnost poslova sa skraćenim radnim vremenom.³⁶

30 *ibid.*, str. 51.

31 Knudsen, H. i Lind, J., Danish Flexicurity: Not the Same Today as Yesterday, str. 197-211, u: *Transnational, European, and National Labour Relations: Flexicurity and New Economy*, G. G. Sander, V. Tomljenović, N. Bodiroga-Vukobrat (ur.), Cham, Springer, 2018.

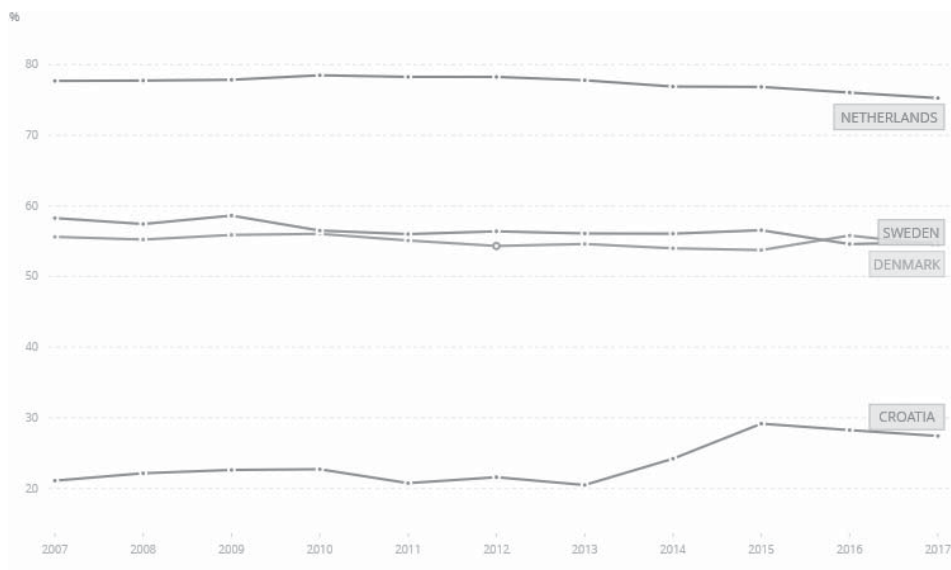
32 Pennings, F., Dilemmas in Organising the Labour Market, Experiences with Flexicurity in the Netherlands, str. 213-222, u: *Transnational, European, and National Labour Relations: Flexicurity and New Economy*, op. cit.

33 O konceptu fleksigurnosti vidjeti detaljnije: *Uspostavni istraživački projekt Hrvatske zaklade za znanost: Fleksigurnost i novi oblici rada (izazovi modernizacije hrvatskog radnog prava) – UIP-2014-09-9377*. dostupno na: www.pravri.uniri.hr/fleksinora.

34 Dobrotić, I., Politike usklađivanja obiteljskih obaveza i plaćenog rada i položaj roditelja na tržištu rada, *Revija za socijalnu politiku*, vol. 22, 3/2015., str. 366.

35 Dajak, L. i Orešković, S., Nedostatno korištenje ekonomskih potencijala demografskog starenja u Hrvatskoj, *Revija za socijalnu politiku*, vol. 25, 1/2018., str. 101.

36 Akrap, A. i Čipin, I., op. cit., str. 51.



Graf 4. Žene koje rade poslove sa skraćenim radnim vremenom (postotak od ukupnog broja zaposlenih žena) 2007.-2017. (izvor: Svjetska banka)³⁷

Iz navedenog slijedi da su se skandinavske zemlje i Nizozemska vrlo dobro organizirale u pomoći ženama u usklađivanju profesionalnog i obiteljskog života te posljedično tome imaju s jedne strane visoki udio zaposlenosti žena i zaposlenosti žena u skraćenom radnom remenu u odnosu na ukupnu zaposlenost žena (Nizozemska (75.26 %), Švedska (54.85 %), Danska (54.44 %), a s druge strane najviše stope fertiliteta u EU i kao takve bi mogle biti primjer i ostalim zemljama koje žele postići te ciljeve i biti uspješnije u pomoći ženama u usklađivanju profesionalnog i obiteljskog života. Ipak, rad sa skraćenim radnim vremenom kao rješenje usklađivanja profesionalnog i obiteljskog života ima i svoj negativan učinak, posebno u zemljama poput RH. Naime, time se još dodatno „doprinosi održavanju tradicionalnih uloga u obitelji, budući da je dominantno koriste žene iako se ta mogućnost u pravilu promovira u neutralnim terminima, ona zapravo povlači za sobom „sekundarnu“ ulogu žena na tržištu rada. Istraživanja pokazuju da rad u nepunom radnom vremenu nosi sa sobom negativne implikacije kao što su niži položaj na tržištu rada, niže plaće, te posljedično niže mirovine jednoga dana“.³⁸ Upravo je zbog toga nužno poticati i promovirati ravnopravnost muškaraca i žena.

Pitanjem ravnopravnosti žena i muškaraca intenzivno se bavi i EU koji bilježi povećanje financijskih ulaganja u području nediskriminacije i jednakosti. „Za 2018. godinu u okviru mjere *Promicanje nediskriminacije i jednakosti* na raspolaganju su odobrena sredstva za preuzimanje obveza u iznosu od 35,8 milijuna EUR-a, što je

37 The World Bank Group, Part time employment, female (% of total female employment), dostupno na: <https://data.worldbank.org/indicator/SL.TLF.PART.FE.ZS?end=2017&locations=HR-DK-NL-SE&start=2007&view=chart> (20.07.2019.).

38 Dobrotić, I., op. cit., str. 366.

povećanje u izdvajanjima u odnosu na 2015.-2017. i zapravo znači da se ostvaruje napredak u provedbi tog programa.³⁹ Također Europska komisija objavila je 2015. dokument *Strateško djelovanje za rodnu jednakost za razdoblje 2016.-2019.* „Strategija je usmjerena na sljedećih pet prioritetnih područja: povećanje sudjelovanja žena na tržištu rada i jednaka ekonomska neovisnost; smanjenje rodno uvjetovanih razlika u plaćama, zaradi i mirovinama i time borba protiv siromaštva među ženama; promicanje ravnopravnosti žena i muškaraca u donošenju odluka; borba protiv rodno uvjetovanog nasilja, zaštita žrtava i pružanje potpore žrtvama te promicanje rodne jednakosti i prava žena diljem svijeta.⁴⁰

Kada fokus stavimo na RH u tom pogledu prema *Izvešću o radu Pravobraniteljice za ravnopravnost spolova za 2017.*, RH bi trebala uložiti dodatne napore kako bi se stvorili povoljniji uvjeti za usklađivanje profesionalnog i obiteljskog života. „Pregledom stope radne aktivnosti i dalje se uočava trend više stope radne aktivnosti muškaraca nego žena u svim dobnim skupinama od 15 do 65+ godina života s time da se najveće razlike nalaze u dobnoj skupini od 15 do 24 godine te u dobnoj skupini od 40 do 64 godina.⁴¹ „Kao razlog Pravobraniteljica navodi upravo tradicionalnu podjelu uloga u obitelji koja je ukorijenjena u hrvatsko društvo, što je potvrđeno istraživanjem,⁴² a zbog koje nezanemariv broj žena napušta tržište rada radi brige o djeci, ali i o starijim i nemoćnim članovima/icama obitelji.⁴³ Navedenim istraživanjem koje je provedeno 2017. na uzorku od 600 zaposlenih žena različitoga stupnja obrazovanja i zastupljenosti iz svih regija RH utvrđeno je da žene doista provode puno više vremena u brizi za kućanstvo (graf 5.) i djecu (graf 6.) u odnosu na muškarce.

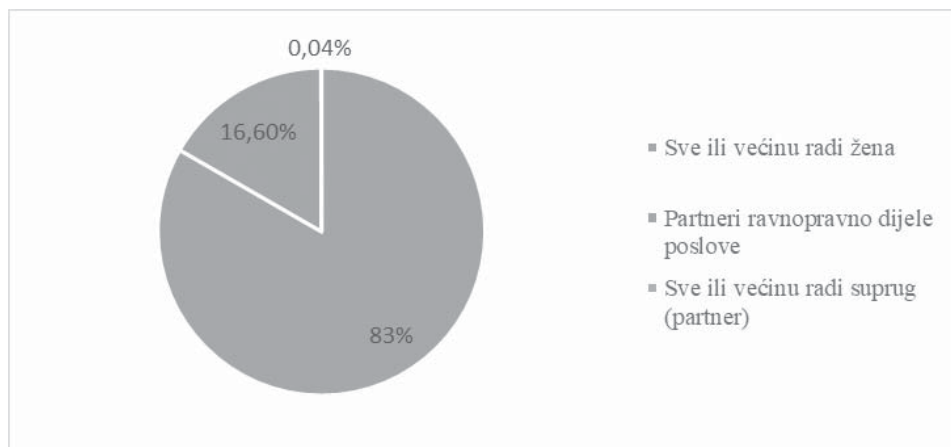
39 Europski parlament, Ravnopravnost muškaraca i žena, dostupno na: <http://www.europarl.europa.eu/factsheets/hr/sheet/59/jednakost-muskaraca-i-zena> (20.07.2019.).

40 *loc. cit.*

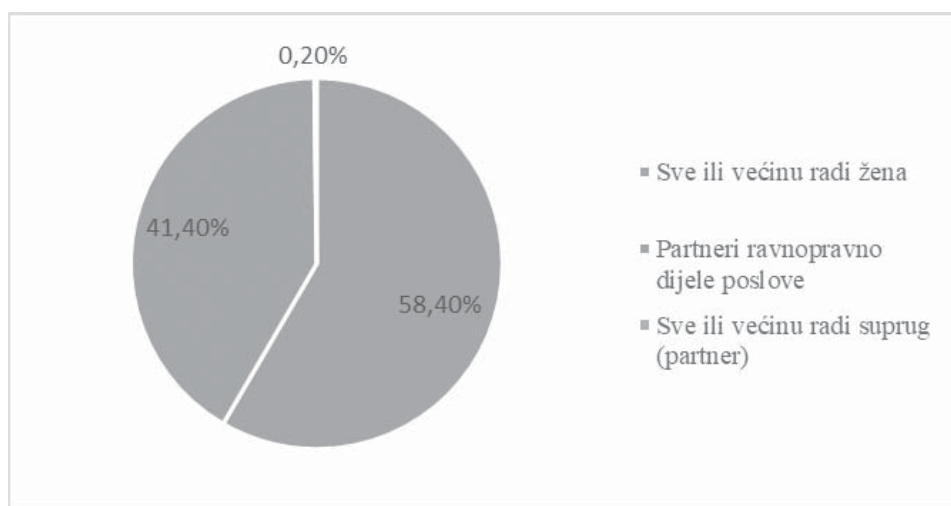
41 Izvešće o radu Pravobraniteljice za ravnopravnost spolova za 2017. godinu, dostupno na: http://www.prs.hr/attachments/article/2404/IZVJEŠĆE_O_RADU_ZA_2017.pdf (23.07.2019.), str. 19.

42 Klasić, K., Utjecaj rodne podjele obiteljskih obveza i kućanskih poslova na profesionalni život zaposlenih žena, Zagreb, Pravobranitelj/ica za ravnopravnost spolova Republike Hrvatske, 2017., dostupno na: http://rec.prs.hr/wp-content/uploads/2018/01/Brosura_prijelom_finalno_web.pdf (28.07.2019.).

43 Izvešće o radu Pravobraniteljice za ravnopravnost spolova za 2017. godinu, op. cit., str. 19.



Graf 5. Obavljanje rutinskih kućanskih poslova (N = 600) (izvor: Klasnić, op. cit. 2017.)⁴⁴



Graf 6. Obavljanje poslova vezanih za brigu o djeci (N = 503) (izvor: Klasnić, op. cit. 2017.)⁴⁵

Takva neravnopravna rodna podjela obiteljskih obaveza i kućanskih poslova za mnoge zaposlene žene ima negativne posljedice i na njihov privatni i na njihov profesionalni život.⁴⁶ Kao rješenje predlaže se poticanje muškaraca na brigu o djeci, većeg sudjelovanja u svim obiteljskim obavezama i kućanskim poslovima te osiguravanje dostupnosti dječjih vrtića i domova za starije i nemoćne članove obitelji te uvođenje fleksibilnog radnog vremena koje poslodavci u RH uglavnom ne prihvaćaju zbog stajališta da će posljedica takvog radnog vremena biti smanjenje radnog učinka radnika/ce. Vezano za poticanje očeva da više sudjeluju u brizi za djecu

⁴⁴ Klasnić, K., op. cit., str. 24.

⁴⁵ *ibid.*, str. 32.

⁴⁶ Izvješće o radu Pravobraniteljice za ravnopravnost spolova za 2017. godinu, op. cit., str. 64.

i da koriste roditeljski dopust, *Direktiva Vijeća 2010/18/EU o roditeljskom dopustu*⁴⁷ propisuje da svi zaposleni roditelji imaju pravo na četiri mjeseca dopusta nakon rođenja djeteta. S direktivom je usklađen i naš Zakon o roditeljnim i roditeljskim potporama (u daljnjem tekstu: ZRRP)⁴⁸ prema kojem roditeljski dopust traje šest mjeseci ako ga koristi jedan roditelj, odnosno osam ako ga koriste oba roditelja. Dakle, produžuje se vrijeme trajanja dopusta ako se oba roditelja uključe u brigu za dijete. Ipak, u RH očevi još uvijek premalo koriste prava iz ZRRP-a, što je vidljivo i iz statističkih podataka Hrvatskog zavoda za zdravstveno osiguranje (tablica 4.), što nas svrstava među države EU-a u kojoj očevi najmanje koriste navedene potpore.

Tablica 4. Statistički pokazatelji o korisnicima roditeljnih i roditeljskih potpora u 2017. (izvor: Izvješće o radu Pravobraniteljice za ravnopravnost spolova za 2017. godinu)⁴⁹

RODILJNI DOPUST DO 6 MJESECI STAROSTI DJETETA		RODITELJSKI DOPUST NAKON 6 MJESECI STAROSTI DJETETA		DOPUST ZA NJEGU DJETETA S TEŽIM SMETNJAMA U RAZVOJU		SKRAĆENO RADNO VRIJEME DO 8. G. DJETETA S TEŽIM SMETNJAMA U RAZVOJU		SKRAĆENO RADNO VRIJEME OD 8. DO 18. G. DJETETA S TEŽIM SMETNJAMA U RAZVOJU	
UKUPNO – 65.695		UKUPNO – 45.006		UKUPNO - 4.803		UKUPNO – 1.267		UKUPNO - 2.553	
M	Ž	M	Ž	M	Ž	M	Ž	M	Ž
204 ili 0,31 %	65.491 ili 99,69 %	2.013 ili 4,47 %	42.993 ili 95,52 %	235 ili 4,89 %	4.568 ili 95,10 %	116 ili 9,15 %	1.151 ili 90,84 %	253 ili 9,90 %	2.300 ili 90,09 %
RODILJNA POŠTEDA		RODITELJSKA POŠTEDA		RODILJNA BRIGA		RODITELJSKA BRIGA		STANKA ZA DOJENJE	
UKUPNO – 7.778		UKUPNO – 13.044		UKUPNO – 8.978		UKUPNO- 11.815		UKUPNO-145	
M	Ž	M	Ž	M	Ž	M	Ž	M	Ž
-	7.778 ili 100 %	42 ili 0,32 %	13.002 ili 99,67 %	13 ili 0,14 %	8.965 ili 99,85 %	66 ili 0,55 %	11.749 ili 99,44 %	-	145 ili 100 %

Izvješće o radu Pravobraniteljice za ravnopravnost spolova za 2018. doneseno je u ožujku 2019. i u odnosu na 2017. godinu općenito ne sadrži veće promjene. Međutim, vezano za korištenje roditeljskog dopusta muškaraca, došlo je do znatnoga porasta broja korisnika u odnosu na 2017., i to s 2.013 u 2017. na 3.488 korisnika u 2018., što je za 1.475 korisnika (73,27 %) više u odnosu na 2017. Kada usporedimo s brojem žena, vidljiv je porast muških korisnika roditeljskog dopusta s 4,47 % u 2017. na 7,55 % u 2018.⁵⁰ (tablica 5.)

47 Direktiva Vijeća 2010/18/EU od 8. ožujka 2010. o provedbi revidiranog Okvirnog sporazuma o roditeljskom dopustu koji su sklopili BUSINESSEUROPE, UEAPME, CEEP i ETUC te o stavljanju izvan snage Direktive 96/34/EZ, SL L 68/13, 18.03.2010. Vidi detaljnije izmjene, *infra*.

48 Zakon o roditeljnim i roditeljskim potporama, Narodne novine, br. 85/08., 110/08., 34/11., 54/13., 152/14. i 59/17. –u daljnjem tekstu: ZRRP).

49 Izvješće o radu Pravobraniteljice za ravnopravnost spolova za 2017. godinu, op. cit., str. 70.

50 Izvješće o radu Pravobraniteljice za ravnopravnost spolova za 2018. godinu, dostupno na: <http://www.prs.hr/attachments/article/2645/Izvješće%20o%20radu%20Pravobraniteljice%20>

Tablica 5. Statistički pokazatelji o korisnicima roditeljskih i roditeljskih potpora u 2018. (izvor: Izvješće o radu Pravobraniteljice za ravnopravnost spolova za 2018. godinu)⁵¹

RODILJNI DOPUST DO 6 MJESECI STAROSTI DJETETA ⁹⁷		RODITELJSKI DOPUST NAKON 6 MJESECI STAROSTI DJETETA		DOPUST ZA NJEGU DJETETA S TEŽIM SMETNJAMA U RAZVOJU		SKRAĆENO RADNO VRIJEME DO 8. G. DJETETA S TEŽIM SMETNJAMA U RAZVOJU		SKRAĆENO RADNO VRIJEME OD 8. DO 18. G. DJETETA S TEŽIM SMETNJAMA U RAZVOJU	
UKUPNO – 68.146 ⁹⁸		UKUPNO –46.160 ⁹⁹		UKUPNO - 4.979 ¹⁰⁰		UKUPNO – 1.553 ¹⁰¹		UKUPNO - 2.798	
M	Ž	M	Ž	M	Ž	M	Ž	M	Ž
197 ili 0,28%	67.949 ili 99,71%	3.488 ili 7,55%	42.672 ili 92,44%	226 ili 4,53%	4.753 ili 95,46%	168 ili 10,81%	1.385 ili 89,18 %	276 ili 9,86%	2.552 ili 90,13%
RODILJNA POŠTEDA		RODITELJSKA POŠTEDA		RODILJNA BRIGA		RODITELJSKA BRIGA		STANKA ZA DOJENJE	
UKUPNO – 6.425		UKUPNO – 11.026		UKUPNO – 9.199		UKUPNO- 12.448		UKUPNO-109 ¹⁰²	
M	Ž	M	Ž	M	Ž	M	Ž	M	Ž
4 ili 0,06%	6.428 ili 99,93%	43 ili 0,39%	10.983 ili 99,61%	10 ili 0,10%	9.189 ili 99,89%	66 ili 0,53%	12.382 ili 99,46%	-	109 ili 100%

„Vezano uz radno okruženje, pokazuje kako očevi u RH od razloga nekorištenja roditeljskog dopusta ističu upravo strah od mogućeg gubitka posla te problema u karijeri, ali i nerazumijevanje poslodavaca te onemogućivanje korištenja prava.“⁵² Osim toga, bojazan je i visina naknade tijekom korištenja roditeljskog dopusta koje su još uvijek relativno niske unatoč tomu što su se povećale zadnjim zakonskim izmjenama. Naime, do stupanja na snagu izmjena i dopuna ZRRP-a (na snazi od 1. srpnja 2017.) naknada je mogla iznositi najviše 80 % proračunske osnovice (2.660,80 kn), a sada navedeno iznosi najviše 120 % proračunske osnovice (3.991,20 kn). Ako usporedimo taj iznos s prosječnom neto plaćom u RH koja je prema podacima Državnog zavoda za statistiku u travnju 2019. godine iznosila 6.434,00 kn,⁵³ dolazimo do zaključka da naknada iznosi svega 62 % prosječne hrvatske plaće, što nikako nije poticajno.

Problem koji se dalje javlja, a koji pravobraniteljica također ističe je i činjenica da se žene teže zapošljavaju nego muškarci u svim skupinama i na svim razinama obrazovanja (iako se žene s visokim obrazovanjem zapošljavaju brže od onih s nižim stupnjem obrazovanja) te da statistički zarađuju manje od muškaraca. Prema izvješću iz 2017. „muškarci u prosjeku na godišnjoj razini zarade 11.412 kn više nego žene,

za%20ravnopravnost%20spolova%20za%202018.%20godinu~.pdf (23.07.2019.), str. 62.

51 *ibid.*, str. 61.

52 Dobrotić, I. i Varga, M., Zašto su važni očevi dopusti i kvote? Komparativni pregled shema dopusta za očeve u europskim zemljama te čimbenika i učinaka njihova korištenja, *Revija za sociologiju*, vol. 48, 2/2018, str. 229.

53 Državni zavod za statistiku, *Prosječne mjesečne neto i bruto plaće zaposlenih za travanj 2019.*, dostupno na: https://www.dzs.hr/Hrv_Eng/publication/2019/09-01-01_04_2019.htm (30.08.2019.).

odnosno zarade 1.47 prosječne hrvatske bruto-plaće više⁵⁴ Prema izvješću iz 2018. stanje se dodatno pogoršalo te „muškarci u prosjeku na godišnjoj razini zarade 13.572 kn više nego žene, odnosno da zarade 1.68 prosječne hrvatske bruto plaće više. Ova se brojka tako sve više približava prosjeku od dvije prosječne bruto plaće više na godišnjoj razini u korist muškaraca⁵⁵. Razlog tomu je što su žene zastupljenije na hijerarhijski nižim položajima, a samim time i manje plaćene. U usporedbi s europskim prosjekom koji iznosi 16.2 %, jaz u plaćama u RH s 13.19 % je manji, no on je opasan jer za razliku od EU28 gdje je trend pada jaza u plaćama, u RH on još od 2010. stalno i odlučno raste.⁵⁶ To znači da se žene i nadalje nalaze u raskoraku između tržišta rada i zahtjeva patrijarhalnoga društvenog okruženja, što ih stalno drži u podređenom društvenom položaju. Iskustva govore da roditeljski dopust u pravilu koristi onaj član obitelji čija su primanja manja, kako se ne bi ugrozila financijska snaga obitelji, a to su nažalost pretežno žene u RH.⁵⁷

Iz svega navedenog vidljivo je da na mogućnost usklađivanja profesionalnog i obiteljskog života utječu mnogi čimbenici koji se međusobno isprepliću. S obzirom na navedene podatke o zaista malom korištenju prava očeva prema ZRRP-u, jedno do mogućih rješenja koje predlaže i pravobraniteljica je uvođenje obveznog očevog dopusta. Najšire gledano, u europskim zemljama prevladavaju dva glavna argumenta iza reformi kojima se očevima osigurava veći pristup pravima na dopuste – rodna ravnopravnost i dobrobit djeteta. Uvođenje se očevih dopusta i kvota, stoga vidi bitnim instrumentima koji bi trebali ojačati položaj žena na tržištu rada, ali i pridonijeti povećanom angažmanu muškaraca u privatnoj sferi. Zemlje koje su prve uvele dopuste za očeve, a to su nordijske zemlje posebno ističu dobrobit djeteta kao razlog uvođenja takvih dopusta. U Švedskoj se tako ističe pravo djeteta i na očevu brigu, navodeći kako bi dijete, da može, odabralo provoditi više vremena s ocem. Ti argumenti, koji su tipični i za druge nordijske zemlje, ponajprije polaze od spoznaje da rana aktivna uključenost očeva u brigu o djetetu pozitivno utječe na djetetov razvoj. Konkretnije, doprinosi kognitivnom i društvenom razvoju djeteta, razvijenijoj empatiji, višem stupnju samopoštovanja, boljim rezultatima u školi te manje izraženim rodno stereotipnim uvjerenjima.⁵⁸ Veliki broj europskih zemalja ima uveden dopust za očeve i to uglavnom u kraćem trajanju, do dva tjedna, ali ima i zemalja koje su uvele puno duži dopust, npr. Finska (devet tjedana), Portugal (pet tjedana, obvezatni dio 15 dana koji se mora iskoristiti u prvih mjesec dana života djeteta), Španjolska, Litva i Slovenija (četiri tjedna) (graf 7.).

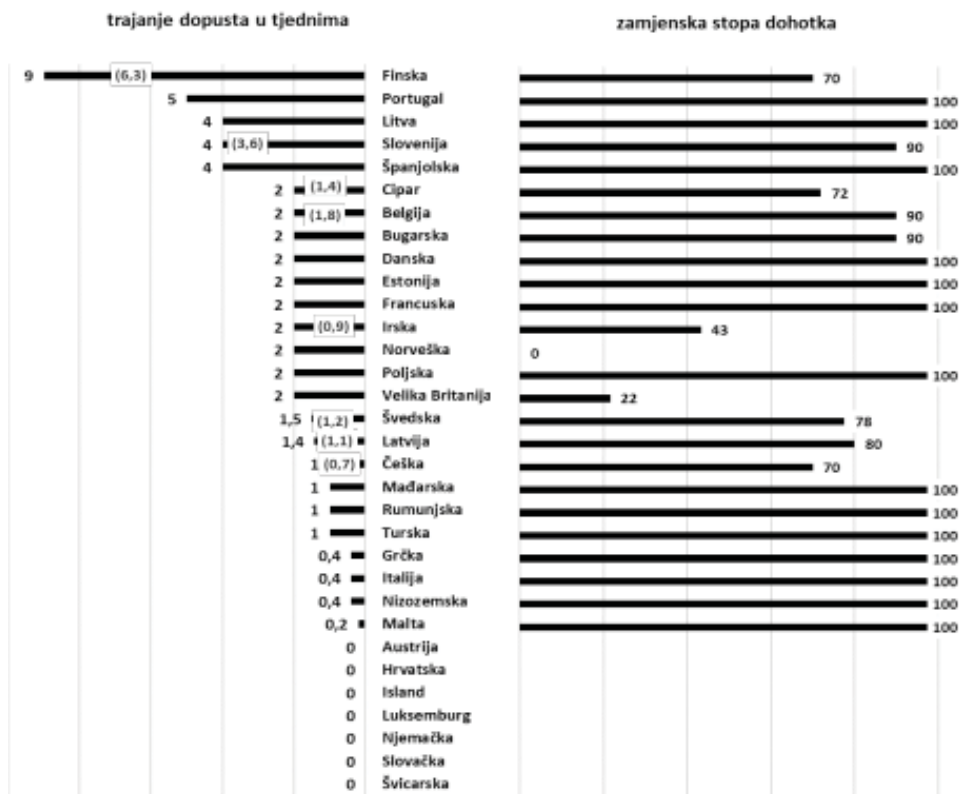
54 Izvješće o radu Pravobraniteljice za ravnopravnost spolova za 2017. godinu, op. cit., str. 25.

55 Izvješće o radu Pravobraniteljice za ravnopravnost spolova za 2018. godinu, op. cit., str. 28.

56 *loc. cit.*

57 *ibid.*, str. 64.

58 Dobrotić, I. i Varga, M., op. cit., str. 212-213.



Graf 7. Trajanje dopusta očeva u tjednima i zamjenska stopa dohotka u europskim zemljama u 2017. godini (izvor: Dobrotić, Varga)⁵⁹

Iz grafa 7. vidljivo je da su dopusti uglavnom dobro plaćeni i iznose od 80 do 100 % prethodno isplaćene plaće. Samo je u nekoliko zemalja naknada bitno niža, čime se, preračunato na puni ekvivalent, znatno smanjuju raspoloživi dani dopusta, ponajprije u Velikoj Britaniji i Irskoj, gdje su naknade paušalne, ali i u Norveškoj, gdje država ne plaća očev dopust. Ipak, u Norveškoj je to pravo pokriveno kolektivnim ugovorima pa je uobičajena praksa da očevi imaju pravo na puni iznos plaće tijekom dva tjedna očeva dopusta.⁶⁰

S obzirom na to da ne postoje minimalni standardi za roditeljski dopust očeva na razini EU-a, donesena je nova *Direktiva o ravnoteži između poslovnog i privatnog života roditelja i pružatelja skrbi*.⁶¹ Direktivom se utvrđuju minimalni zahtjevi u pogledu dopusta očeva, roditeljskog dopusta i dopusta za pružatelje skrbi, kao i minimalni zahtjevi u pogledu fleksibilnih radnih uvjeta za radnike koji su roditelji

59 *ibid.*, str. 215.

60 *ibid.*, str. 214.

61 Direktiva (EU) 2019/1158 Europskog parlamenta i Vijeća od 20. lipnja 2019. o ravnoteži između poslovnog i privatnog života roditelja i pružatelja skrbi i o stavljanju izvan snage Direktive Vijeća 2010/18/EU, SL L 188/79, 12.07.2019. (u daljnjem tekstu: Direktiva (EU) 2019/1158).

ili pružatelji skrbi. Olakšavanjem usklađivanja poslovnog i obiteljskog života takvih roditelja i pružatelja skrbi Direktivom bi se trebalo doprinijeti ciljevima iz Ugovora koji se odnose na ostvarivanje ravnopravnosti žena i muškaraca s obzirom na njihove mogućnosti na tržištu rada, jednako postupanje na radnome mjestu i promicanje visoke razine zaposlenosti u EU-u.⁶² Osim prethodno navedenoga, u tekstu se Direktive jasno uočava namjera da se na razini EU-a podigne svijest o važnosti aktiviranja očeva u odgoju djeteta zbog dobrobiti djeteta i poticanja ravnopravnosti žena i muškaraca i u privatnoj sferi. „Kako bi se potaknula ravnopravnija podjela obveza skrbi između žena i muškaraca i omogućilo rano stvaranje emocionalne veze između očeva i djece, trebalo bi uvesti pravo na dopust za očeve ili, ako je i u mjeri u kojoj je to priznato nacionalnim pravom, za ekvivalentne druge roditelje. Takav „očinski“ dopust trebao bi se iskoristiti u vrijeme oko rođenja djeteta i trebao bi biti jasno povezan s rođenjem djeteta u svrhu pružanja skrbi.“⁶³ Propisano je i minimalno trajanje, a ono iznosi 10 radnih dana. „Države članice poduzimaju potrebne mjere kako bi osigurale da očevi ili, ako je i u mjeri u kojoj je to priznato nacionalnim pravom, ekvivalentni drugi roditelji imaju pravo na „očinski“ dopust u trajanju od 10 radnih dana koji se koristi povodom rođenja radnikova djeteta. Države članice mogu odlučiti o tome može li se „očinski“ dopust djelomično iskoristiti i prije ili samo nakon rođenja djeteta, kao i o tome može li se takav dopust iskoristiti u fleksibilnim oblicima.“⁶⁴ Navedena Direktiva tek treba stupiti na snagu, a države članice bit će obvezne provesti ju u svoja nacionalna zakonodavstva do 2022. godine. Stoga tek slijedi vidjeti kako će RH i ostale članice urediti pitanje dopusta očeva i fleksibilnih radnih uvjeta za radnike koji su roditelji ili pružatelji skrbi.

Ono što je još vrlo važno naglasiti, kada govorimo o dopustima za očeve, su i rezultati istraživanja koja „pokazuju da će očevi najčešće koristiti dopuste kad ih same sheme dopusta budu eksplicitno navodile kao korisnike prava (putem „očevih“ dopusta i/ili kvota) te kad dopuste budu pratile visoke zamjenske stope dohotka. Rodno neutralne sheme, odnosno roditeljski dopusti koji su u cijelosti prenosivi s jednog roditelja na drugoga, imaju slabiji učinak, pa čak i kad ih prate visoke nadomjesne stope dohotka“.⁶⁵ Primjer je već spomenuta Norveška u kojoj je takve dopuste koristilo samo od 1 do 4 % očeva, da bi nakon uvođenja očevih kvota 1993. udio očeva na dopustima naglo porastao u 2000., čak do 85 %⁶⁶ te se od tada kreće na približno 90 %.^{67 68}

62 Direktiva (EU) 2019/1158, toč. 16. preambule.

63 Direktiva (EU) 2019/1158, toč. 19. preambule.

64 Direktiva (EU) 2019/1158, čl. 4. st. 1.

65 Dobrotić, I. i Varga, M., op. cit., str. 219.

66 Brandth, B. i Kvande, E., *Fathers and flexible parental leave, Work, employment and society*, vol. 30, 2/2016, str. 275-290, prema Dobrotić, I. i Varga, M., op. cit., str. 219.

67 *Leave Policy & Research, International Review of Leave Policies and Research 2017.*, dostupno na: http://www.leavenetwork.org/lp_and_r_reports/, prema Dobrotić, I. i Varga, M., op. cit., str. 219.

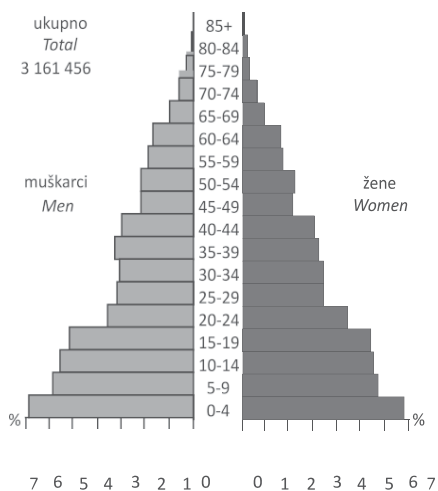
68 Dobrotić, I. i Varga, M., op. cit., str. 219.

5. DEMOGRAFSKE PROMJENE

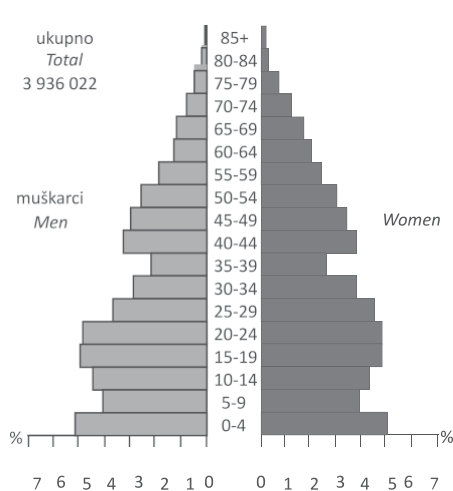
„Socijalno-demografski procesi u znatnoj mjeri utječu na socijalnu politiku koja podrazumijeva državnu preraspodjelu nacionalnog dohotka usmjerenu na prevladavanje socijalnih rizika, smanjenje socijalnih nejednakosti te ujednačavanje životnih uvjeta građana.“⁶⁹ Puljiz izdvaja četiri socijalno-demografska čimbenika koji utječu na socijalnu politiku. „Prvo, radi se o opadanju fertiliteta, odnosno smanjenju stopa biološke reprodukcije stanovništva. Drugo, opadanje fertiliteta povezano je s demografskim starenjem koje podrazumijeva povećanje udjela starijeg stanovništva u ukupnom stanovništvu. Na trećem su mjestu migracije stanovništva, kako unutrašnje, tako i vanjske, koje poprimaju sve veće razmjere. Četvrto je proces transformacija strukture i funkcija obitelji.“⁷⁰ O problemu opadanja fertiliteta bilo je riječi u prethodnom poglavlju, no podsjećamo da je u RH stopa fertiliteta iznosila 1.42 za 2017. (graf 3.). Drugi važan problem, koji je već ranije spomenut, je povećanje udjela starijeg stanovništva u ukupnom stanovništvu (vidi *infra*, graf 8.).

5.1. Demografska kretanja u Hrvatskoj

Popis 1900.



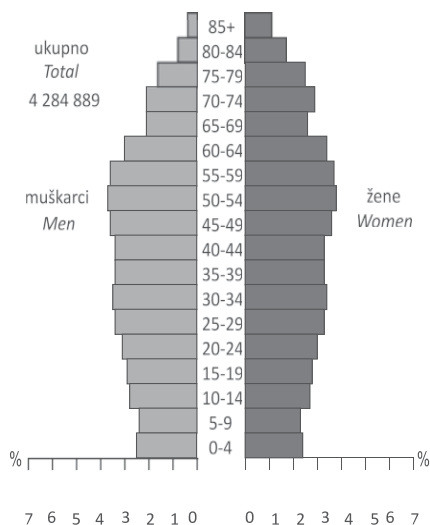
Popis 1953.



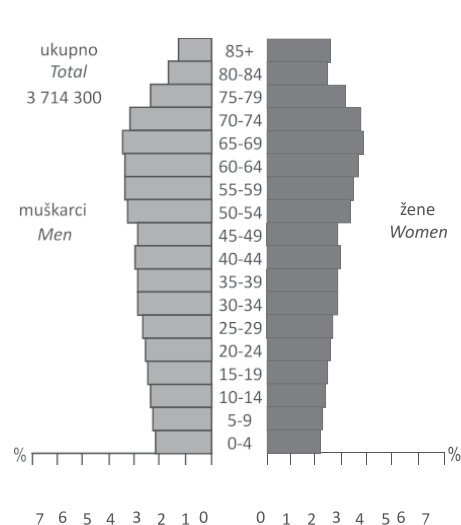
69 Puljiz, V., *Starenje stanovništva - izazov socijalne politike*, Revija za socijalnu politiku, vol. 23, 1/2016, str. 81-98.

70 *ibid.*, str. 82.

Popis 2011.



Popis 2051. (projekcija)

Graf 8. Stanovništvo prema starosti i spolu 1900., 1953., 2011. i 2051. (izvor: DZS) ⁷¹

Kada je riječ o demografskim kretanjima iz grafa 8. vidljivo je da se početna „piramida“ stanovništva iz 1900-ih i pedesetih godina prošlog stoljeća mijenja, odnosno narušava, vjerojatno zbog posljedica rata. No, u posljednjih nekoliko desetljeća što je vidljivo iz popisa stanovništva iz 2011. i projekcije za 2051. piramida se sve više sužava, odnosno povećava se broj starijega stanovništva, smanjuje se broj mlađe populacije i zapravo se populacija brojčano ujednačava. Tako je u RH udio starijih od 65 godina 2013. dosegao 18 %, a projekcije za 2060. godinu govore da će se njihov udjel povećati na oko 30 % ukupnog stanovništva. Zanimljiva je usporedba naše zemlje s EU-om: udio stanovništva starijeg od 65 godina 2013. u EU-u je, kao i u RH, bio 18 %, međutim, prema projekcijama za 2060., EU će imati 25 % starijeg stanovništva, dakle, manje nego RH.⁷² Iz navedenog se može zaključiti da problem starenja stanovništva nije samo problem RH, već je to mnogo šira pojava, no u slučaju RH je još izraženija. „Na drugoj strani, povoljniju će demografsku situaciju imati nordijske i anglosaksonske zemlje, čemu uzrok treba tražiti u većim stopama fertiliteta te u specifičnim obiteljskim i populacijskim politikama tih zemalja.“⁷³

Prema podacima Državnog zavoda za statistiku prosječna starost stanovništva se od 1953. stalno povećava te je 1953. iznosila 31,9 godina za žene i 29,3 godina za muškarce, dok je 2016. iznosila je 44,5 godina za žene i 41 godina za muškarce.⁷⁴ Isto

71 Državni zavod za statistiku Republike Hrvatske, *Žene i muškarci u Hrvatskoj 2018.*, dostupno na: https://www.dzs.hr/Hrv_Eng/menandwomen/men_and_women_2018.pdf (28.07.2019.), str. 8.

72 Puljiz, V., *Starenje stanovništva - izazov socijalne politike*, op. cit., str. 85.

73 *loc. cit.*

74 Državni zavod za statistiku Republike Hrvatske, *Žene i muškarci u Hrvatskoj 2018.*, op. cit., str. 11.

tako, povećava se prosječna starost umrlih osoba koja je 1950. iznosila 45,9 godina za žene i 42 godine za muškarce, 1970. iznosila je 68,1 za žene i 61,6 godina za muškarce, a 2016. iznosila je 79,9 godina za žene i 72,8 godina za muškarce.⁷⁵

Prema iznesenim podatcima može se uočiti da je došlo do znatnoga produljenja trajanja ljudskoga života u posljednjim desetljećima. „Odgovor treba tražiti u znatno višem standardu stanovništva, kao i u podizanju razine zdravstvene zaštite koja je utjecala na poboljšanje zdravlja stanovništva. Podsjetimo da su u europskim zemljama nakon Drugoga svjetskog rata praktično iskorijenjene zarazne bolesti koje su harale još u prvim desetljećima dvadesetog stoljeća.“⁷⁶

Daljnji važan čimbenik koji utječe na socijalno-demografske procese su migracije stanovništva koje negativno utječu na gospodarske i socijalne prilike, pogotovo u RH po ulasku u članstvo EU-a, kao i promjena strukture obitelji, povećane stope razvoda, povećan broj jedno-roditeljskih obitelji i samačkih kućanstava (tablice 1. i 2.) o kojima je bilo riječi u dijelu ovoga rada gdje se govorilo o novim socijalnim rizicima.

5.2. Mjere populacijske politike, odnosno socijalnog ulaganja u Hrvatskoj

Već je prethodno u ovom radu navedeno kako je populacijska politika usmjerena na demografske promjene, odnosno na povećanje ili smanjenje broja stanovnika te da se u RH kao u EU-27 radi o politikama povećanja broja stanovnika. Kroz mjere obiteljske politike, tj. mjere koje utječu na kvalitetu života obitelji, posebice mladih obitelji, RH nastoji utjecati na demografske promjene pa su mnoge mjere istodobno mjere populacijske i obiteljske politike.

Mjere obiteljske politike mogu biti ako je riječ o prestacijama u novcu kao što su različite naknade za roditelje i majke, porezne povlastice (olakšice), dječji doplatci ili mogu biti vremenske koje se odnose na, primjerice dopuste kao oblik opravdanog odsustva i neobavljanja rada. Danas osim vremenskih i novčanih mjera sve važniju ulogu imaju i različite usluge za obitelji kao što su organizacija i sufinanciranje dječjih vrtića, sufinanciranje dječjih udžbenika, školske prehrane ili prijevoza učenika i druge potpore vezane za školovanje, odnosno obrazovanje i mjere povezane sa stambenim zbrinjavanjem. Navedene usluge za obitelj koje se provode na lokalnoj i županijskoj razini u 2019. objavilo je Ministarstvo za demografiju, obitelj, mlade i socijalnu politiku (u daljnjem tekstu: Ministarstvo) na svojoj službenoj mrežnoj stranici definirajući ih kao demografske mjere, vrlo detaljno za svaku pojedinu županiju, grad i općinu, vidi *infra*.⁷⁷

Jedna od mjera kojom se nastoji povećati kvaliteta života obitelji i na taj način utjecati na demografske promjene su *dječji doplatci*, prepoznati kao jedan od

⁷⁵ *ibid.*, str. 17.

⁷⁶ Puljiz, V., Starenje stanovništva - izazov socijalne politike, op. cit., str. 83.

⁷⁷ Ministarstvo za demografiju, obitelj, mlade i socijalnu politiku, Demografske mjere na lokalnoj i županijskoj razini, dostupno na: <https://mdomsp.gov.hr/istaknute-teme/demografija/demografske-mjere-na-lokalnoj-i-zupanijskoj-razini/10177> (25.07.2019.).

glavnih državnih programa za djecu u RH,⁷⁸ koji se ostvaruju u sklopu nadležnosti Hrvatskog zavoda za mirovinsko osiguranje i temeljem Zakona o doplatku za djecu.⁷⁹ Pravo na doplatku za djecu stječe korisnik uz uvjet da mu ukupni dohodak ostvaren u prethodnoj kalendarskoj godini po članu kućanstva mjesečno ne prelazi 70 % proračunske osnovice (u daljnjem tekstu: dohodovni cenzus) te da živi u kućanstvu s djetetom.⁸⁰ „U Proračunu su utvrđena sredstva za naknade i druga primanja na temelju posebnih propisa. Osnovica za obračun naknada i drugih primanja iznosi 3.326,00 kuna.“⁸¹ Prema tome dohodovni cenzus, odnosno 70 % proračunske osnovice iznosi 2.328,20 kn. Uvjeti i iznosi dječjih doplatka u Republici Hrvatskoj u 2019. prikazani su u tablici 6.

Tablica 6. Uvjeti i iznosi dječjih doplatka 2019. (izvor: HZMO)⁸²

Prosječni mjesečni dohodak po članu kućanstva (% proračunske osnovice)	Iznos u 2019. (kn)	Doplatka (% proračunske osnovice) po djetetu	Iznos u 2019. (kn)
Do 16,33	543,14	9	229,34
Od 16,34 do 33,66	Od 543,15 do 1 119,53	7,5	249,45
Od 33,67 do 70	Od 1,119, 54 do 2328,20	6	199,56
Za dijete bez oba roditelja ili za dijete čija su oba roditelja: - nepoznata - nepoznatog prebivališta - potpuno nesposobni za samostalan život i rad ili - im je oduzeta poslovna sposobnost			Iznos utvrđenog doplatka povećava se za 25 %.
Za dijete s jednim roditeljem ili za dijete čiji je jedan roditelj: - nepoznat - nepoznatog prebivališta - potpuno nesposoban za samostalan život i rad ili - mu je oduzeta poslovna sposobnost			Iznos utvrđenog doplatka povećava se za 15 %.
Za dijete s oštećenjem zdravlja Iznos utvrđenog doplatka povećava se za 25 %.			Iznos utvrđenog doplatka povećava se za 25 %.

78 Ajduković, M., Rajter, M., Rezo, I., *Obiteljski odnosi i roditeljstvo u obiteljima različitog prihoda: kako je život u visokom riziku od siromaštva povezan s funkcioniranjem obitelji adolescenata*, *Revija za socijalnu politiku*, vol. 26, 1/2018, str. 73.

79 Zakon o doplatku za djecu, *Narodne novine*, br. 94/01., 138/06., 107/07., 37/08., 61/11., 112/12., 82/15., 58/18.

80 Zakon o doplatku za djecu, cit., čl. 16.

81 Zakon o izvršavanju Državnog proračuna Republike Hrvatske za 2019. godinu, *Narodne novine*, br. 113/18., čl. 23.

82 Hrvatski zavod za mirovinsko osiguranje, *Cenzusi i stope doplatka*, dostupno na: <http://www.mirovinsko.hr/default.aspx?id=100#1> (25.07.2019.).

Za djecu s težim ili teškim invaliditetom	Ostvaruje se neovisno o visini prihoda koji kućanstvo korisnika ostvaruje, a svota doplatka za djecu određuje se u visini od 25% od proračunske osnovice, odnosno 831,50 kn.
Pronatalitetni dodatak (uz utvrđenu svotu doplatka za djecu)	500,00 kn ako koristi doplatka za troje djece, odnosno 1 000,00 kn mjesečno ako koristi doplatka za četvero i više djece.

Ono što je još korisno naglasiti je da je 1. srpnja 2018. na snagu stupio Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o doplatku za djecu te da je dohodovni cenzus za ostvarivanje prava na doplatka za djecu po članu kućanstva povećan na 70 % proračunske osnovice, umjesto dotadašnjih 50 %, dok se iznos proračunske osnovice nije mijenjao od 2002. pa do danas. S obzirom na povećanje troškova života u ovih više od 17 godina, valjalo bi *de lege ferenda* svakako razmisliti o njegovu povećanju kao nužnost.

Važna su mjera i *novčane potpore* iz ZRRP-a. Cilj je, odnosno svrha ZRRP-a da se tim zakonom radi zaštite majčinstva (materinstva), njege novorođenog djeteta i njegova podizanja te usklađivanja obiteljskog i poslovnog života propisuje pravo roditelja i njemu izjednačene osobe koja se brine o djetetu na vremenske i novčane potpore, uvjeti i način njihova ostvarivanja i financiranja te tijela nadležna za provedbu toga Zakona.⁸³ U vremenske se potpore ubrajaju dopusti, počtede od rada i propisano vrijeme za brigu o djetetu. U novčane se potpore ubrajaju naknada plaće, novčana naknada, novčana pomoć i jednokratna novčana potpora za novorođeno dijete. Navedene potpore ostvaruju majka i otac djeteta, posvojitelj djeteta, skrbnik, udomitelj ili druga fizička osoba kojoj je maloljetno dijete odlukom nadležnog tijela povjereno na čuvanje i odgoj. Ostvariti ih mogu i stranci sa stalnim boravkom u RH, osobe sa statusom azilanta i osobe pod supsidijarnom zaštitom. Za nadzor provedbe ZRRP-a nadležno je Ministarstvo. Ostvarivanje prava iz ZRRP-a u nadležnosti je Hrvatskog zavoda za zdravstveno osiguranje, osim ako prema ZRRP-u za ostvarivanje pojedinih prava nije određeno neko drugo tijelo kao nadležno.

„Novčane potpore ostvarene prema ovom Zakonu ne mogu iznositi manje od 70 % proračunske osnovice utvrđene zakonom o izvršavanju državnog proračuna (u daljnjem tekstu: proračunska osnovica)“.⁸⁴ Navedeno znači da novčane potpore ne mogu iznositi manje od 2.328,20 kn. Do izmjena i dopuna Zakona koje su na snazi od 1. srpnja 2017. novčane potpore nisu smjele iznositi manje od 50 % proračunske osnovice, odnosno 1.663,00 kn. Nakon 1. srpnja 2017., prema izvješću Ministarstva, zabilježen je znatan porast isplaćenih iznosa za prava iz sustava roditeljskih i roditeljskih potpora, „tako da su prosječna mjesečna izdvajanja počevši od srpnja 2017. nadalje za 23.17 % veća nego prosječna mjesečna izdvajanja u 2016. (u usporedbi s prvim polugodištem 2017. godine, povećanje iznosi 21.06 %)“.⁸⁵

83 ZRRP, cit., čl. 1.

84 ZRRP, cit., čl. 4., st. 2.

85 Ministarstvo za demografiju, obitelj, mlade i socijalnu politiku, Privremeno izvješće o korisnicima roditeljskih i roditeljskih potpora i isplaćenim iznosima naknade za siječanj-listopad 2017., dostupno na: <https://mdomsp.gov.hr/UserDocsImages/dtomasic/Statisticka%20>

Isto tako, općina, grad, županija i Grad Zagreb, u svrhu propisanu Zakonom svojim općim aktima mogu propisati način i uvjete za ostvarivanje prava roditelja na novčanu pomoć u većem opsegu od propisanoga Zakonom ili pružanje pomoći u naravi.⁸⁶ Novčanu pomoć ili pomoć u naravi, ako nije u suprotnosti sa ZRRP-om, mogu davati i vjerske zajednice, udruge, trgovačka društva i druge domaće i strane pravne i fizičke osobe radi ostvarivanja svrhe Zakona, a dopušteno je da se u tu svrhu osnivaju zaklade i fondacije. Također, ZRRP izjednačava prava roditelja u bračnoj i izvanbračnoj zajednici, a odnosi se i na druge osobe, odnosno i na roditelje ili njima izjednačene osobe koje se brinu o djetetu, a koje nisu u bračnoj ili izvanbračnoj zajednici.⁸⁷

Prava koja se ostvaruju prema ZRRP-u razlikuju se ovisno o tome je li riječ o zaposlenim ili samozaposlenim roditeljima, roditeljima koji ostvaruju drugi dohodak, roditelju poljoprivredniku koji nije samozaposlen ili nezaposlenim roditeljima ili je riječ o roditeljima koji se nalaze izvan sustava rada. Tijekom korištenja prava iz ZRRP-a zaposleni i samozaposleni roditelji imaju pravo na naknadu plaće. „Naknada plaće određuje se od osnovice za naknadu koju čini prosječni iznos plaće koja je osiguraniku isplaćena u posljednjih šest mjeseci prije mjeseca u kojem je nastupio slučaj na osnovi kojeg se stječe pravo na naknadu plaće, neovisno o tome na čiji se teret isplaćuje, osim u slučaju kada je posebnim zakonom drukčije propisano.“⁸⁸ Iznosi naknade plaće prema najavama Ministarstva trebali bi se mijenjati, odnosno povećavati već od travnja 2020., te bi se iznos koji se isplaćuje roditeljima tijekom roditeljskog dopusta koji sada iznosi maksimalnih 3.991,20 kn (tablica 7.) trebao povećati na 5.600,00 kn.⁸⁹

Tablica 7. Naknade plaće zaposlenih i samozaposlenih roditelja (izrada autora)

Pravo	Mjesečne naknade plaće
Rodiljni dopust	pravo na naknadu plaće u iznosu od 100 % od osnovice za naknadu plaće utvrđene prema propisima o obveznom zdravstvenom osiguranju (isplaćuje se na teret HZZO-a)
Roditeljski dopust	8 mjeseci (6 ako koristi jedan roditelj) 100 % od osnovice za naknadu plaće utvrđene prema propisima o obveznom zdravstvenom osiguranju, ali ne više od 120 % proračunske osnovice za puno radno vrijeme (3.991,20 kn) Roditeljski dopust kao pravo na rad s polovicom punog radnog vremena iznosi 70 % proračunske osnovice (2.328,20 kn) Nakon 8 mjeseci (6 ako dopust koristi jedan roditelj) novčana naknada u visini od 70 % proračunske osnovice

izvjesca/2017/Privremeno%20izvjesce%20o%20rodiljnim%20i%20roditeljskim%20potporama%20i%20-X.%202017.pdf (23.07.2019.), str. 5.

86 ZRRP, cit., čl. 59., st. 1.

87 ZRRP, cit., čl. 5.

88 Zakon o obveznom zdravstvenom osiguranju, Narodne novine, br. 80/13., 137/13., čl. 54., st. 1.

89 Ministarstvo za demografiju, obitelj, mlade i socijalnu politiku, dostupno na: <https://mdomsp.gov.hr/vijesti-8/murganic-povecavamo-roditeljske-naknade-za-drugih-sest-mjeseci-sa-3-991-na-5-600-kuna/10938> (20.08.2019.).

Pravo na rad s polovicom punoga radnog vremena radi pojačane njege djeteta	pravo na novčanu naknadu u visini od 70 % proračunske osnovice mjesečno za puno radno vrijeme (2.328,20 kn)
Dopust u slučaju smrti djeteta	100 % od osnovice za naknadu plaće utvrđene prema propisima o obveznom zdravstvenom osiguranju, ali ne više od 12 % proračunske osnovice, iznimno 100 % od osnovice za naknadu plaće utvrđene prema propisima o obveznom zdravstvenom osiguranju
Dopust za njegu djeteta do navršene 8. godine života djeteta (dijete s težim smetnjama u razvoju)	pravo na novčanu naknadu u visini od 70 % proračunske osnovice mjesečno za puno radno vrijeme (2.328,20 kn)
Zakonski minimum	70 % proračunske osnovice, neovisno je li riječ o punom ili nepunom radnom vremenu

Pored toga, najavljen je i pilot projekt produljenog boravka u školama za „koji je izdvojeno 70 milijuna kuna. Škole koje imaju takve mogućnosti moći će organizirati rekreativne, odgojne, kulturne aktivnosti za vrijeme praznika u produljenom boravku. Gradi se i 200 novih vrtića, 252 vrtića su dobila sredstva za poboljšanje materijalnih uvjeta. Ukupno 318 milijuna je izdvojeno i za zapošljavanje odgojitelja“.⁹⁰

Sljedeća važna demografska mjera u RH je *subvencioniranje stambenih kredita mladim obiteljima* za kupnju stana ili kuće ili gradnju kuće. Mjera se provodi od 2017. godine. Ministarstvo graditeljstva i prostornog uređenja nove natječaje provodi u jesen 2019.,⁹¹ a planira ih ponoviti i 2020. Riječ je o mjeri kojom se mladima subvencionira dio rate kredita za rješavanje stambenog pitanja u prvih pet godina otplate u određenom postotku koji ovisi o području na kojem se nekretnina nalazi, odnosno ovisi o stupnju razvijenosti područja na kojem se nekretnina nalazi. Naime, subvencija može iznositi od 30 % rate kredita za razvijenija urbana područja kao što su Rijeka ili Zagreb pa do 51 % iznosa rate kredita za nekretnine kupljene u najslabije razvijenim područjima.⁹² Uvjeti subvencioniranja uređeni su Zakonom o subvencioniranju stambenih kredita⁹³ i Napatkom o načinu rada Agencije za pravni promet i posredovanje nekretninama (APN) u provedbi Zakona o subvencioniranju stambenih kredita.^{94 95} Da je riječ o demografskoj mjeri vidljivo je i iz činjenice da se subvencioniranje kredita produžuje za dvije godine za svako rođeno, odnosno

90 Ministarstvo za demografiju, obitelj, mlade i socijalnu politiku, dostupno na: <https://mdomsp.gov.hr/vijesti-8/murganic-u-temi-dana-o-povecanju-roditeljskih-naknada/10939> (23.07.2019.).

91 Središnji državni portal, Subvencioniranje stambenih kredita za mlade, dostupno na: <https://gov.hr/voja-uprava/stanovanje-i-okolis/kupnja-prodaja-i-najam-nekretnine/subvencioniranje-stambenih-kredita-za-mlade/1941> (20.09.2019.).

92 Popis svih općina i gradova s postotcima subvencioniranja sukladno s indeksom razvijenosti dostupan je na mrežnim stranicama Ministarstva graditeljstva i prostornog uređenja.

93 Zakon o subvencioniranju stambenih kredita, Narodne novine, br. 65/17., 61/18., 66/19.

94 Napatuk o načinu rada Agencije za pravni promet i posredovanje nekretninama u provedbi Zakona o subvencioniranju stambenih kredita, Narodne novine, br. 76/17.

95 Ministarstvo graditeljstva i prostornog uređenja, Subvencioniranje stambenih kredita, Uvjeti subvencioniranja i visina subvencije, dostupno na: <https://mgipu.gov.hr/o-ministarstvu-15/djelokrug/stanovanje-8130/subvencioniranje-stambenih-kredita-8253/uvjeti-subvencioniranja-i-visina-subvencije/8254> (23.07.2019.).

usvojeno dijete tijekom razdoblja subvencioniranja kredita. Posljednjim izmjenama zakona rok subvencije produžuje se za godinu dana za svako maloljetno dijete koje član kućanstva ili korisnik kredita već ima pri podnošenju zahtjeva.⁹⁶ Prema podatcima Ministarstva graditeljstva i prostornog uređenja „do sada je ovom mjerom stambenog zbrinjavanja više od 5.300 obitelji osiguralo svoj dom, a u tim je obiteljima rođeno preko 550 djece“.⁹⁷

Kao što je već navedeno, podatke o provedenim demografskim mjerama općina, gradova i županija u RH prikupilo je i objavilo Ministarstvo za demografiju, obitelj, mlade i socijalnu politiku (vidi *supra* pozivna bilješka 77). U tablicama su navedeni podatci o iznosima *naknada za rođenje djeteta* od 2017. do 2019. te druge potpore povezane sa začecem, trudnoćom, novorođenčadi i majčinstvom, sufinanciranjem troškova u području zdravstva, sufinanciranjem vrtića, načinom organizacije upisa u vrtić i rada vrtića, sufinanciranjem školskih udžbenika, sufinanciranjem školske prehrane, sufinanciranjem prijevoza učenika, sufinanciranjem smještaja u učeničke domove, dodjelom stipendija, drugim načinima poticanja studiranja, drugim potporama vezanim za školovanje, mjerama za stambeno zbrinjavanje i ostalo. Kao i u drugim područjima i ovdje možemo reći da, nažalost, u RH razina ostvarivanja socijalnih prava građana znatno ovisi o mjestu stanovanja što je u suprotnosti s jednim od temeljnih načela socijalne države, a to je načelo jednakosti građana u ostvarivanju socijalnih prava.⁹⁸

Iz tablica je vidljivo da samo 11 županija (uključujući i Grad Zagreb) isplaćuje sredstva za rođenje djeteta, a povećanje iznosa koji se isplaćuje za rođenje djeteta od 2017. do 2019., u onim županijama u kojima se isplaćuju sredstva za rođenje djeteta, bilježe Osječko-baranjska i Zadarska županija. Od 128 gradova samo za četiri grada nije navedeno da isplaćuju sredstva za rođenje djeteta (Mali Lošinj, Oroslavje, Sisak i Vodice), a 55 gradova bilježi povećanje sredstava koje isplaćuju za rođenje djeteta od 2017. do 2019. godine.

Po visini naknade koja se isplaćuje za prvo dijete ističu se Imotski, Opatija te Vrlika koji isplaćuju 10.000,00 kn, za drugo dijete također najviše iznose dodjeljuju navedeni gradovi, Imotski 20.000,00 kn, Opatija i Vrlika 15.000,00 kn te Pag i Vis s po 10.000,00 kn. Ipak, najveći se iznosi dodjeljuju za troje i više djece. To znači da se iznosi u pravilu povećavaju s povećanjem broja djece u obitelji. Gradovi koji se ističu po visini naknada za treće dijete su: Komiža, Split, Zagreb, Imotski, Crikvenica, Pag, Šibenik, Senj, Opatija, Vrlika i Vis (tablica 8.).

96 Zakon o izmjenama Zakona o subvencioniranju stambenih kredita, Narodne novine, br. 66/19.

97 Vrijednost nekretnine mora iznositi „do najviše 1 500 eura po metru kvadratnom odnosno do najvišeg iznosa kredita od 100.000,00 eura u kunskoj protuvrijednosti, a rok otplate kredita ne smije biti kraći od 15 godina.“ Ministarstvo graditeljstva i prostornog uređenja, Subvencioniranje stambenih kredita, dostupno na: <https://mgipu.gov.hr/o-ministarstvu-15/djelokrug/stanovanje-8130/subvencioniranje-stambenih-kredita-8253/8253> (23.07.2019.).

98 Babić, Z., Decentralizacija socijalne skrbi i socijalne nejednakosti: slučaj Hrvatske, Revija za socijalnu politiku, vol. 25, 1/2018, str. 26.

Tablica 8. Iznosi koje gradovi isplaćuju za rođenje trećega djeteta (izrada autora)

Komiža (Splitsko-dalmatinska županija)	120.000,00 kn za treće i svako sljedeće dijete u obitelji, s time da omogućuje i stalnu mjesečnu naknadu roditeljima ili samohranom roditelju djeteta za treće i svako sljedeće dijete do navršenih 10 godina života djeteta, 12.000,00 kn jednokratno i stalna mjesečna naknada 1.000,00 kn mjesečno u sljedećih 9 godina
Split (Splitsko-dalmatinska županija)	55.000,00 kn za treće i svako sljedeće dijete, sljedećih 10 godina, odnosno 5.500,00 kn godišnje
Grad Zagreb	54.000,00 kn za treće i svako sljedeće dijete, u jednakim obrocima tijekom 6 godina uz uvjet da oba roditelja imaju prebivalište u Gradu Zagrebu
Imotski (Splitsko-dalmatinska županija)	50.000,00 kn za treće i svako sljedeće dijete
Crikvenica (Primorsko-goranska županija)	30.000,00 kn za treće i svako sljedeće dijete
Pag (Zadarska županija)	30.000,00 kn za treće dijete
Šibenik (Šibensko-kninska županija)	21.000,00 kn za treće i svako sljedeće dijete kroz 7 godina u jednakim godišnjim obrocima u mjesecu u kojemu je rođeno dijete
Senj (Ličko-senjska županija)	20.000,00 kn za treće i svako sljedeće dijete
Opatija (Primorsko-goranska županija)	20.000,00 kn za treće dijete
Vrlika (Splitsko-dalmatinska županija)	20.000,00 kn za treće dijete
Vis (Splitsko-dalmatinska županija)	20.000,00 kn za treće dijete

Većina gradova ima jednake iznose za treće i svako sljedeće dijete, ali neki gradovi i povećavaju, npr. Pag, Opatija, Vis i Vrlika (tablica 9.).

Tablica 9. Gradovi koji povećavaju iznos naknade za rođenje četvrtog djeteta i iznosi koje isplaćuju (izrada autora)

Pag (Zadarska županija)	50.000,00 kn za četvrto dijete
Opatija (Primorsko-goranska županija)	za treće dijete 30.000,00 kn, a za svako sljedeće iznos se povećava za 5.000,00 kn
Vis (Splitsko-dalmatinska županija)	za treće dijete 20 000,00 kn, a za svako sljedeće iznos se povećava za 10 000,00 kn, zanimljivo za Vis je da su iznosi u 2017. i 2018. za treće dijete bili 240.000,00 kn (jednokratno 20.000,00 kn uz stalnu mjesečnu novčanu pomoć do djetetove desete godine života u iznosu 1.200,00 kn + jaslice i dječji vrtić, a svako iduće dijete dobivalo je 10.000,00 kn više, prema tome možemo reći da je došlo do smanjenja potpore u 2019. godini
Vrlika (Splitsko-dalmatinska županija)	25.000,00 kn za četvrto i svako sljedeće dijete

Druge potpore koje jedinice lokalne i područne samouprave provode, a vezane su za trudnoću, novorođenčad i majčinstvo odnose se na financiranje različitih tečajeva za trudnice, poklon pakete s potrepštinama za rođeno dijete, financiranje

prehrane dojenčadi, pakete pelena i dječje robe i slično i uglavnom su vezane uz obitelji slabijeg imovnog stanja. Gradovi sudjeluju i u sufinanciranju dječjih vrtića, a riječ je o subvenciji dijela ekonomske cijene dječjeg vrtića. Iznos subvencije u pravilu ovisi o broju djece iz iste obitelji koje pohađa dječji vrtić. Tako roditelji s više djece u vrtiću ostvaruju pravo na besplatan vrtić ili se cijena smanjuje za drugo ili treće dijete. Cijene ovise i o socijalnim prilikama obitelji, o tome radi li se o djeci s poteškoćama u razvoju, jesu li roditelj samohrani i slično, a postoje i gradovi koji u potpunosti financiraju troškove vrtića pa je on za roditelje besplatan (Belišće, Obrovac, Umag, Vrlika).

Osim pomoći koja se odnosi na trudnice, dojenčad i majčinstvo te djecu predškolskog uzrasta, jedinice lokalne i područne samouprave sudjeluju u provođenju mjera i za djecu u sustavu školovanja. Tako različito sudjeluju u subvencioniranju školske prehrane, prijevoza učenika, smještaju učenika u učeničke domove, dodjeljuju se stipendije učenicima i studentima te novčane pomoći onima koji nisu ostvarili stipendije ili ima je potrebna za odlazak na stručna usavršavanja ili radi otplate studentskih kredita, sufinanciraju se troškovi željezničkog prijevoza studentima i slično.

Na razini područne i lokalne samouprave provode se i određene mjere za stambeno zbrinjavanje, pa tako Varaždinska županija sufinancira najamnine za stanove liječnika Opće bolnice Varaždin, Vukovarsko-srijemska županija sudjeluje u sufinanciranju kupovine prve nekretnine za mlade obitelji. Grad Zagreb u sklopu Zagrebačkog modela stanogradnje, kojim je izgrađeno 1.800 stanova, kod dodjele stanova kao jedan od važnih kriterija uzima broj članova kućanstva, tj. djece. Istodobno gradovi pomažu, posebice obiteljima s više djece, dajući stanove u gradskom vlasništvu u najam, sufinancirajući obnovu nekretnina ili kupnju prve nekretnine, omogućuju niže cijene građevinskih zemljišta u vlasništvu grada, provode izgradnju stanova po modelu poticajne stanogradnje (POS) i dr.

6. ZAKLJUČAK

Kao i ostale europske države 21. stoljeća RH se suočava s pojavom novih socijalnih rizika prema kojima je nužno prilagoditi i cjelokupnu socijalnu politiku. Udio se starijeg stanovništva povećava, stopa fertiliteta je niska, broj mladih na tržištu rada se smanjuje. To sve dodatno pogoršava i problem unutarnjih i vanjskih migracija, ponajprije mladog i obrazovanog stanovništva, što rezultira usporenim i nejednakim razvojem regija u Hrvatskoj. Osim toga, struktura obitelji se mijenja, povećava se broj obrazovanih žena i žena na tržištu rada, što dovodi do nužnosti za učinkovitim usklađivanjem profesionalnog i obiteljskog života, a time i napuštanjem tradicionalnog oblika obitelji i sve većom potrebom uključivanja muškaraca u privatnu sferu, odnosno brige za kućanstvo i djecu. S time u svezi sve se češće pojavljuje snažnije poticanje korištenja roditeljskog dopusta očeva. S druge strane, stope razvoda su visoke, broj samačkih kućanstava i pojava sve više jedno-roditeljskih obitelji zahtijevaju prilagodbu i promjene u sustavu socijalne sigurnosti.

Kao odgovor na nove rizike EU prihvaća koncept socijalnih investicija kojima

je glavni cilj osposobiti pojedince da se lakše suočavaju s pojavom socijalnog rizika, a glavna područja ulaganja u tom su konceptu aktivna politika zapošljavanja, obitelj i djeca te obrazovanje. Hrvatska, nažalost, u svim područjima ulaganja zaostaje za državama EU-a, premda su vidljive određene promjene. U području obiteljske politike kao dijelu socijalne politike uočavaju se pozitivni pomaci u povećanju ulaganja u kvalitetu života mladih obitelji u posljednje vrijeme. Naime, dohodovni cenzus za ostvarivanje prava na doplatak za djecu po članu kućanstva povećan je, čime se potencijalno proširio krug korisnika, a novčane potpore više ne mogu biti niže od 70 % proračunske osnovice. Mjerama Vlade RH najavljena su i nova povećanja naknade tijekom korištenja roditeljskog dopusta što svakako valja pozdraviti, jer će se time i broj očeva uključenih u sustav roditeljskih dopusta povećati. Promjene su uvedene i u području subvencioniranja stambenih kredita mladim obiteljima prema kojima se rok subvencioniranja produžio za godinu dana za svako maloljetno dijete koje član kućanstva ili korisnik kredita već ima pri podnošenju zahtjeva. Svoj doprinos u području obiteljske i populacijske politike u RH daju i jedinice lokalne i regionalne (područne) samouprave tako da se kod mnogih bilježi povećanje sredstava koje ulažu u obitelji u zadnjih nekoliko godina. Prema tome, iako ima još puno prostora za napredak i sustizanje europskog prosjeka po mnogim mjerilima, neki su pozitivni pomaci ipak prisutni u mjerama socijalne politike u RH.

Sve prethodno navedene mjere socijalne su investicije (ulaganja) ponajviše u mlade obitelji te je za očekivati njihov pozitivan učinak. Pritom je iznimna važna osviještenost o izrazito lošem stanju hrvatskoga društva, ponajviše u stvarateljima i predlagateljima odgovarajućih mjera socijalne politike, jer nije dobro rješenje da mjere na lokalnoj razini preuzmu ulogu mjera na državnoj razini budući da će se time dodatno produbiti razlike među korisnicima i adresatima s obzirom na sredinu iz kojeg dolaze. Time se dovodi u pitanje ustavno jamstvo jednakosti svih da uživaju prava sadržana u ustavnoj definiciji RH kao socijalne države.

LITERATURA

Knjige i članci:

1. Ajduković, Marina, Rajter, Miroslav, Rezo, Ines, Obiteljski odnosi i roditeljstvo u obiteljima različitog prihoda: kako je život u visokom riziku od siromaštva povezan s funkcioniranjem obitelji adolescenata, *Revija za socijalnu politiku* vol. 26, 1/2018, str. 69-94.
2. Akrap, Anđelko i Čipin Ivan, Usklađivanje poslovnoga i obiteljskoga života u Hrvatskoj: utjecaj na fertilitet, *Društvena istraživanja*, vol. 20, 1/2011, str. 47-68.
3. Babić, Zdenko, Decentralizacija socijalne skrbi i socijalne nejednakosti: slučaj Hrvatske, *Revija za socijalnu politiku*, vol. 25, 1/2018, str. 25-47.
4. Babić, Zdenko i Baturina, Danijel, Koncept socijalnih investicija kao odgovor na krizu i nove izazove socijalne države: trendovi i perspektive, *Revija za socijalnu politiku*, vol. 23, 1/2016, str. 39-60.
5. Berit, Brandth i Kvande, Elin, Fathers and flexible parental leave, *Work, employment and society*, vol. 30, 2/2016, str. 275-290, prema Dobrotić, I., Varga, M., Zašto su važni očevi dopusti i kvote? Komparativni pregled shema dopusta za očeve u europskim zemljama te čimbenika i učinaka njihova korištenja, *Revija za sociologiju*, vol. 48, 2/2018, str. 209-237.

6. Cousins, Mel, *European Welfare States: Comparative Perspectives*, London, Sage, 2005., prema Babić Z. i Baturina, D., *Koncept socijalnih investicija kao odgovor na krizu i nove izazove socijalne države: trendovi i perspektive*, *Revija za socijalnu politiku*, vol. 23, 1/2016, str. 39-60.
7. Dobrotić, Ivana, *Politike usklađivanja obiteljskih obaveza i plaćenog rada i položaj roditelja na tržištu rada*, *Revija za socijalnu politiku*, vol. 22, 3/2015, str. 353-374.
8. Dobrotić, Ivana i Varga, Mirna, *Zašto su važni očevo dopusti i kvote? Komparativni pregled shema dopusta za očeve u europskim zemljama te čimbenika i učinaka njihova korištenja*, *Revija za sociologiju*, vol. 48, 2/2018, str. 209-237.
9. Dajak, Lidija i Orešković, Stjepan, *Nedostatno korištenje ekonomskih potencijala demografskog starenja u Hrvatskoj*, *Revija za socijalnu politiku*, vol. 25, 1/2018, str. 99-105.
10. Hemerjick, Anton, *Two or three ways of welfare state transformation*, u: *Towards a social investment welfare state? Ideas, Policies and Challenges*, Nathalie Morel, Bruno Palier, Joakim Palme (ur.) Bristol, The Policy Press, 2012., prema Babić, Z. i Baturina, D., *Koncept socijalnih investicija kao odgovor na krizu i nove izazove socijalne države: trendovi i perspektive*, *Revija za socijalnu politiku*, vol. 23, 1/2016, str. 39-60.
11. Knudsen, Herman i Lind, Jens, *Danish Flexicurity: Not the Same Today as Yesterday*, u: *Transnational, European, and National Labour Relations: Flexicurity and New Economy*, Gerald G. Sander, Vesna Tomljenović i Nada Bodiroga-Vukobrat (ur.), Cham, Springer, 2018., str. 197-211.
12. Klasić, Ksenija, *Utjecaj rodne podjele obiteljskih obveza i kućanskih poslova na profesionalni život zaposlenih žena*, Zagreb, Pravobranitelj/ica za ravnopravnost spolova Republike Hrvatske, 2017.
13. Pennings, Frans, *Dilemmas in Organising the Labour Market, Experiences with Flexicurity in the Netherlands* u: *Transnational, European, and National Labour Relations: Flexicurity and New Economy*, Gerald G. Sander, Vesna Tomljenović i Nada Bodiroga-Vukobrat (ur.), Cham, Springer, 2018., str. 213-222.
14. Puljiz, Vlado, Bežovan, Gojko, Šučur, Zoran, Zrinščak, Siniša, *Socijalna politika*, Zagreb, Pravni fakultet, 2005.
15. Puljiz, Vlado, Bežovan, Gojko, Matković, Teo, Šučur, Zoran, Zrinščak, Siniša, *Socijalna politika Hrvatske*, Zagreb, Pravni fakultet, 2008.
16. Puljiz, Vlado, *Starenje stanovništva - izazov socijalne politike*, *Revija za socijalnu politiku*, vol. 23, 1/2016, str. 81-98.
17. Rubinić, Ivan i Tajnikar, Maks, *Labour force exploitation and unequal labour exchange as the root cause of the Eurozone's inequality*, *Društvena istraživanja*, vol. 28, 2 /2019, str. 207-228.
18. Stropnik, Nada, *Obiteljske politike u Europi*, *Revija za socijalnu politiku*, vol. 3, 2/1996, str. 105-111, prema Puljiz, Vlado, *Obiteljska politika*, u: *Socijalna politika*, Puljiz, Vlado, Bežovan, Gojko, Šučur, Zoran, Zrinščak, Siniša, *Socijalna politika*, Zagreb, Pravni fakultet, 2005.
19. Učur, Marinko Đ. *Socijalno pravo*, Zagreb, Informator, 2000.

Vanja Smokvina*
Magdalena Čunčić**

Summary

CONTEMPORARY CHALLENGES IN SOCIAL POLICY IMPLEMENTATION WITH PARTICULAR EMPHASIS ON SOCIAL INTERVENTION MEASURES

In this paper the authors give special attention to the measures of social interventions as measures of social policy in line to fight the present challenges of the contemporary society. Special attention is given to the measures of child allowances, parental benefits, state subsidies for residential loans for young families and other measures of pro-natal and family policy not just at the state level but also at local municipality level.

Keywords: *social policy; social investments; Croatia; European Union.*

Zusammenfassung

MODERNE HERAUSFORDERUNGEN BEI DER DURCHFÜHRUNG DER SOZIALPOLITIK MIT BESONDERER BETONUNG AUF DIE MASSNAHMEN DER SOZIALEN INTERVENTION

Dieser Beitrag bespricht die Wichtigkeit von sozialen Interventionen als Maßnahmen der Sozialpolitik bei der Bewältigung der Herausforderungen moderner Gesellschaft. Die Maßnahmen wie Kindergeld, Mutterschaftsgeld, Subventionierung von Wohnungskrediten junger Familien und andere Maßnahmen der Geburten- und Familienpolitik nicht nur auf nationaler sondern auch auf lokaler Ebene werden hervorgehoben.

Schlüsselwörter: *Sozialpolitik; soziale Investitionen; Kroatien; die EU.*

* Vanja Smokvina, Ph.D., Assistant Professor, Univeristy of Rijeka, Faculty of Law; vsmokvina@pravri.com.

** Magdalena Čunčić, mag. iur.; magdalenacuncic@gmail.com.

Riassunto

**LE SFIDE CONTEMPORANEE NELLA REALIZZAZIONE
DELLE POLITICHE SOCIALI CON PARTICOLARE
ATTENZIONE PER LE MISURE DI INTERVENTO
SOCIALE**

Nel lavoro gli autori sottolineano l'importanza degli interventi sociali quali misure di politica sociale volte a superare le sfide poste dinnanzi alla società contemporanea. L'accento viene posto su misure quali gli aiuti ai minori, l'indennità per il congedo parentale, le sovvenzioni rivolte alle giovani famiglie per i mutui su immobili, altre misure volte alla natalità, come pure sulle politiche familiari statali e locali.

Parole chiave: politica sociale; investimenti sociali; Croazia sociale; UE.

DVOJBENA PRAVNA NARAV KUPNJI NA POKUS - PREGLED ROMANISTIČKIH TEORIJA O D.19,5,20PR.-1 (*ULPIANUS LIBRO 32 AD EDICTUM*)

Dr. sc. Marko Sukačić*

UDK: 347.451.1 :34(37)

<https://doi.org/10.30925/zpfsr.40.3.10>

Ur.: 15. listopada 2019.

Pr.: 20. studenoga 2019.

Pregledni rad

Sažetak

U radu se obrađuje kupnja konja i mula na pokus prikazana u D.19,5,20pr.-1 (Ulpianus libro 32 ad edictum) te postojeće teorije romanista o pravnom položaju stranaka u navedenim činjeničnim opisima. U prvom se dijelu rada izlaže principij D.19,5,20, gdje Ulpijan citira ranoklasičnog pravnika Labeona i njegov opis kupnje konja na pokus između prodavatelja i akrobatskog jahača desultora, s detaljnom analizom tumačenja relevantnih romanista. Principij je analiziran s obzirom na dominantne teorije u romanistici: teze o odgodnom i/ili raskidnom uvjetu pactum displicentiae, o inominatnom kontraktu te o predugovornim radnjama. Nakon toga slijedi raščlamba Ulpijanovog nastavka u prvom paragrafu D.19,5,20 s citatom Mele, gdje opisuje kupnju mula na pokus koje u periodu testiranja budu ukradene, navodeći Melinu dvojbenu te ju uspoređujući s vlastitom. Uzimajući u obzir navedeno, obrađuju se tumačenja romanista o pravnoj naravi odnosa kupca i prodavatelja i stupnju zaključenosti ugovora. Zaključno se daje vlastito stajalište o oba činjenična stanja, pravnoj naravi odnosa između stranaka te konačno o pravnom problemu na koji je Ulpijan ukazivao u citiranim izvorima.

Ključne riječi: kupnja na pokus; pactum displicentiae; actio praescriptis verbis; uvjet; rimsko pravo.

1. UVOD

Principij i prvi paragraf Ulpijanovog fragmenta D. 19,5,20 (*Ulpianus libro 32 ad edictum*) sadrže opis kupnje konja i mula, gdje je kupac imao pravo odbiti predmete ako s njim nakon testiranja nije zadovoljan. Sadržajno, riječ bi bila o institutu kupnje na pokus, u smislu da je kupac imao ograničeno razdoblje u kojem je mogao odlučiti želi li zadržati konje/mule te tako osnažiti kupoprodaju ili ih vratiti prodavatelju i tako raskinuti, odnosno oduzeti pravnu snagu sklopljenoj kupoprodaji koja je proizvela

* Dr. sc. Marko Sukačić, poslijedoktorand, Pravni fakultet Sveučilišta Josipa Jurja Strossmayera u Osijeku; msukacic@pravos.hr.

puni pravni učinak. Ovisno o pristupu, u romanistici postoje brojne teorije i prijedlozi o pravnoj naravi ova dva činjenična supstrata.¹ Ukoliko kupoprodaja ne bi proizvela nikakav pravni učinak do kupčevog očitovanja zadovoljstva, utoliko bi bila riječ o odgodnom (suspensivnom) uvjetu, dok bi ako kupoprodaja odmah proizvede učinke koji će prestati kupčevim nezadovoljstvom, bila riječ o raskidnom (rezolutivnom) uvjetu.² Kako je u oba predložena rješenja riječ o kupnji koja je ovisna o zadovoljstvu kupca s objektima kupoprodaje, institut usporedivog sadržaja je *pactum displicentiae*, iako u djelima romanista nema konsenzusa o njegovoj egzistenciji u činjeničnim stanjima koja Ulpijan iznosi u D. 19,5,20pr.–1, što dolazi do izražaja u tezi kako je uglavak *pactum displicentiae* pravo na raskid ugovora, a ne uvjet.³

- 1 Vidi u: Diaz Rodriguez, E., *De la noción de contrato al pactum displicentiae en derecho romano*, Oviedo, Universidad de Oviedo, 1998, str. 195–199; Flume, W., *Die Aufhebungsabreden beim Kauf - Lex commissoria, in diem addictio und sogenanntes pactum displicentiae - und die Bedingung nach der Lehre der römischen Klassiker*, u: Medicus, D. i Seiler, H. (ur.), *Festschrift für Max Kaser zum 70. Geburtstag*, München, 1976, str. 325; Knellwolf, M., *Zur Konstruktion des Kaufes auf Probe, Die Gefallensbedingung und ihr Verhältnis zu Wollensbedingung, Resolutivbedingung und Rücktrittsrecht*, doktorska disertacija, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, 1987, str. 92–97; Misera, K., *Der Kauf auf Probe*, u: Temporini, H. i Haase, W. (ur.), *Aufstieg und Niedergang der römischen Welt*, vol. II, 14, Berlin, New York, de Gruyter, 1982, str. 54–552; Peters, F., *Die Rücktrittsvorbehalte des Römischen Kaufrechts*, Wien, Böhlau Verlag, 1973, str. 88; Petranović, A., *Uvjetovani konsenzus i rimska uvjetna kupoprodaja*, Rijeka, ZPFR, vol. 28, 2/2007, str. 1227–1228; Pókecz Kovács, A., *Rücktrittsvorbehalt und pactum displicentiae (Ulp. D.19.5.20pr.)*, *Revue internationale des droits de l'antiquite*, vol. 58, 2011, str. 315–318; Santoro, R., *Riflessioni sul contratto nel pensiero di Labeone*, *Annali del saminario Giuridico della Università di Palermo*, Palermo, Volume XXXVII, 1983, str. 124; Thomas, J. A. C., *Provisions for calling off a sale*, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, vol. 35, 4/1967, str. 571; Wacke, A., *Dig. 19,5,20 pr.: Ein Siegespreis auf fremden Pferden Zur Gewinn-Ablieferungspflicht beim Kauf auf Probe*, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung* (dalje u tekstu: ZSS), vol. 119, 2002, str. 359–379; Zhang, L., *Contratti inominati nel diritto romano*, Milano, Dott. A Giuffrè, 2007, str. 108–109.
- 2 Usp. Diaz Rodriguez, E., loc. cit.; Effer-Uhe, D. O., *Die Wirkung der condicio im römischen Recht*, Baden-Baden, Nomos, 2008, str. 126 i sl.; Henle, R., *Die rechtliche Natur der in diem addictio beim Kaufvertrage*, u: *Festschrift Paul Koschaker II*, Weimar, H. Boehlaus, 1939, str. 169; Misera, K., loc. cit.; Knellwolf, M., loc. cit.; Peters, F., loc. cit.; Van Wetter, P., *Les obligations en droit romain*, Tome 2 Gand, Ad. Hoste, 1884, str. 212; Wesel, U., *Zur dinglichen Wirkung der Rücktrittsvorbehalte des römischen Kaufs*, ZSS, vol. 85, 1968, str. 128–131; Windscheid, B. i Kipp, T., *Lehrbuch des Pandektenrechts*, vol. 1, Frankfurt a. M., M. Rütten & Loening, 1900, 150, para. 86., str. 388–389; Zimmermann, R., *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian tradition*, Oxford, Oxford University Press, 1996, str. 739.
- 3 O uzgrednom uglavku *pactum displicentiae* vidi detaljnije u: Diaz Rodriguez, E., loc. cit.; Kaser, M., *Das Römische Privatrecht*, vol. I, München, C.H. Beck, 1971, str. 561–562; Lardeur, G., *Droit Romain: Du Pactum Displicentiae*, *Droit français: Du contrat d'édition en matière littéraire*, doktorska disertacija, Pariz, 1893, Bibliolife (republished), 2009; Levy, E., *Zu den Rücktrittsvorbehalten des Römischen Kaufs*, *Gesammelte Schriften* vol. 2, Köln, Böhlau, 1963, str. 261–286; Mackintosh, J., *The Roman Law of Sale with modern illustrations*, Edinburgh, T & T Clark, 1907, str. 12–13; Monier, R., *Manuel Élémentaire de Droit Romain, Tome II (Les Obligations)*, Pariz, Éditions Domat Montchrestien, 1948, str. 166; Petranović, A., *Položaj kupca u pravnom režimu rimske kupoprodaje*, doktorska disertacija, Zagreb, Pravni fakultet Zagreb, 1996, str. 9–101; Sukačić, M., *Pactum displicentiae u rimskoj pravnoj tradiciji*,

Ovaj rad sadrži detaljnu analizu kupnje konja na pokus od strane desultora opisane u Ulpijanovom D. 19,5,20pr. uz prikaz postojećih teorija romanista o njihovoj pravnoj naravi, posebice u smislu da je riječ o odgovnom ili raskidnom uvjetu, inominatnom kontraktu ili čak ponudi za sklapanje ugovora te posljedično raščlambu dvojbениh elemenata i teza koje autori iznose. Drugi dio sadrži analizu Ulpijanovog nastavka u D. 19,5,20,1, gdje pravnik tumači prodaju mula na pokus uz citiranje ranoklasičnoga pravnika Mele i njegove dvojbe o tome je li riječ o *emptio futura* ili o *emptio contracta, facta*, dajući svoje viđenje dvojbe kao *emptio perfecta* ili *emptio nondum perfecta*. U radu se stoga pokušava dati odgovor na pitanje obrađuju li rimski pravници u prikazanim činjeničnim stanjima uglavak *pactum displicentiae* ili neki drugi oblik kupnje na pokus koji u romanistici nije dio zaseban naziv te se u posljednjem dijelu rada daju prijedlozi rješenja autora.

2. KUPNJA KONJA U D. 19,5,20PR. (ULPIANUS LIBRO 32 AD EDICTUM)

Ulpijan u D. 19,5,20pr. (*Ulpianus libro 32 ad edictum*) opisuje kupnju nekoliko konja na pokus. Tekst i prijevod principija je sljedeći:

D. 19,5,20pr. (*Ulpianus libro 32 ad edictum*) *Apud Labeonem quaeritur, si tibi equos venales experiendos dedero, ut, si in triduo displicuissent, redderes, tuque desultor in his cucurreris et viceris, deinde emere nolueris, an sit adversus te ex vendito actio. Et puto verius esse praescriptis verbis agendum: nam inter nos hoc actum, ut experimentum gratuitum acciperes, non ut etiam certares.*⁴

Činjenično stanje postavlja Ulpijan, pravnik iz kasnoga razdoblja klasičnoga prava, citirajući rano klasičnoga pravnika Antisija Labeona, a tekst je preuzet iz 32. knjige komentara pretorskog edikta. Potencijalni kupac (*desultor*) dogovorio je s prodavateljem kupnju konja na pokus. Tijekom dogovorenoga trodnevnog roka testirao je konje na natjecanju na kojem je i pobijedio te ih je tek nakon pobjede vratio prodavatelju. Pokus, odnosno testiranje predmeta bilo je ugovoreno *experiendum gratuitum*, pa desultor nije isplatio kupovninu ili drugu naknadu te djeluje kako je probno razdoblje bilo ugovoreno besplatno.⁵ Desultor je dobit od natjecanja, koja se

doktorska disertacija, Zagreb, 2018; Talamanaca, M., Istituzioni di Diritto Romano, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1990, str. 592.

4 D. 19,5,20pr.: „Kod Labeona se raspravlja pitanje, ako bih ti dao na probu moje konje koji su za prodaju i ako ne budeš zadovoljan sa njima da ih vratiš u roku 3 dana, te bi ti kao akrobatski jahac s njima jahao na natjecanju i pobijedio, no ipak ih ne bi želio kupiti, mogu li te tužiti s tužbom iz kupoprodaje. Mislim da je ipak točnije da treba tužiti sa *actio praescriptis verbis* jer smo ugovorili da konje dobiješ na besplatnu probu, no ne i da se s njima natječeš.” (prijevod prema Karlović, T., *Liber casuum*, Priručnik za vježbe iz rimskog obveznog prava, Zagreb, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, 2017, str. 145–146).

5 Marević *gratuitus* prevodi kao *besplatan, neplaćen, dobrovoljan*. Marević, J. Latinsko-hrvatski enciklopedijski rječnik, I, Zagreb, Matica hrvatska, 2000, str. 1261. Heumann i Seckel *gratuitus* prevode kao: „*unverzinsliches, unentgeltlich, umsonst.*” Heumann, H. i Seckel, E., *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, Jena, Verlag von Gustav Fisher, 1891, str. 232. Engleski prijevod *gratuitus* kao: „*gratia, done without pay, not for reward, free, spontaneous, voluntary,*

izravno ne spominje u tekstu, zadržao za sebe te je nakon proteka roka odbio ugovor *emere nolueris*, pa do same kupoprodaje nije došlo ili je izgubila pravni učinak, ako ga je proizvela. Ulpijanovim opisom, stranke su ugovorile pokus konja subjektivno te potencijalni kupac nije morao obrazlagati razloge zbog kojih je odbio konje.⁶ Kraj principija sadrži prijedloge tužbenog zahtjeva protiv desultora; Labeon je predlagao tužbu iz kupoprodaje *actio venditi*, dok Ulpijan navodi kako smatra točnijim rješenjem *actio praescriptis verbis*.

Objekt kupoprodaje su konji, koji spadaju u kategoriju stvari *res Mancipi*,⁷ pa bi prijenos vlasništva trebao biti izvršen strogim formalističkim pravnim poslovima civilnoga prava.⁸ Konji su ubrajani u kategoriju *armenta* te su se na njihovu kupoprodaju primjenjivala pravila iz edikta kurulskih edila.⁹ Tipične su mane po ediktu bile kastracija zbog koje je životinja postala slabija (lat. *quod castratus*) ili nedostatak dresure zbog koje konj grize ili udara (lat. *equus mordax aut calcitro vitiosus*).^{10,11}

gratuitous, spontaneous, unprovoked, in vain” vidi u: Lewis, C. T., *An Elementary Latin Dictionary*, New York, American Book Company, 1890 (dostupno *online*). Detaljnije vidi u literaturi navedenoj u prvoj bilješci te usporedi s nastavkom u D. 19,5,20,1 gdje je ugovorena najamnina za svaki dan testiranja.

- 6 Vidi detaljniju razradu pitanja koncepcije ispitivanja konja u: Diaz Rodriguez, E., op. cit., str. 195–199; Knellwolf, M., op. cit., str. 92–97; Misera, K., op. cit., str. 209; Peters, F., op. cit., str. 88; Pókecz Kovács, A., op. cit., str. 315–318. Analizu izvora u smislu potestativnog uvjeta vidi detaljnije u: Sukačić, M., Nevaljanost potestativnih uvjeta u korist obvezanika i pactum displicentiae, Zagreb, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 69, 1/2019, str. 132 i sl.
- 7 Usp. Gai. 1,120.
- 8 *Mancipatio* ili *in iure cessio*. Iz opširne literature o *mancipatio* izdvajamo: Kretschmar, P., Das Nexum und sein Verhältnis zum Mancipium, ZSS, vol. 29, 1908, str. 227–282; Leifer, F., Mancipium und auctoritas, ZSS, vol. 56, 1936, str. 136–235; Leist, B. W., Mancipation and Eigentumstradition, Jena, Friedrich Frommann, 1865; Mommsen, T., Mancipium, manceps, praes, praedium, ZSS, vol. 23, 1902, str. 438 – 441; Perello, C. F. A., Problems concerning Mancipatio, Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis, vol. 80, 3–4/2012, str. 329 – 352; Tomulescu, C., Paul D. 18,1,1,pr. et la mancipatio, Revue internationale du droit d’auteur, vol. 18, 1971, str. 711–722; Tuori, K., The Magic of Mancipatio, Revue Internationale des droits de l’Antiquité, vol. 55, 2008, str. 499–521. Više o *in iure cessio* vidi u: Hackl, K., Der Sakramentsprozeß über Herrschaftsrechte und die in iure cessio, ZSS, vol. 106, 1989, str. 152–180; Pflüger, H., Simplex sigillum veri, ZSS, vol. 63, 1943, str. 301–314; Rabel, E., Nachgeformte Rechtsgeschäfte : Mit Beiträgen zu den Lehren von der Injurezession und vom Pfandrecht, ZSS, vol. 27, 1906, str. 309 i sl.; Wolf, H. J., Constitutive Effect of In Iure Cessio, Tulane Law Review, vol. 33, 1958–1959, str. 525–541.
- 9 Više o ediktu kurulskih edila vidi u: Impallomeni, G., L’editto degli edili curuli, Padova, Cedam, 1955, str. 25–273; Pringsheim, F., The Decisive Moment for Aedilician liability, Gesammelte Abhandlungen, Heidelberg, Carl Winter, 1961, str. 171–176; Senarclens De, A., La date de l’édit des édiles de mancipiis vendundis, Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis, vol. 4, 4/1923, str. 384–400; Watson, A., The Imperatives of the Aedilician Edict, Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis, vol. 73, 1971, str. 83.
- 10 Usp. D. 21,1,38,7 (*Ulpianus libro secundo ad edictum aedilium curulium*); Gaius, *Noctes Atticae*, IV, 2,5.
- 11 Nepravna literatura govori o kupnji konja u antičkom Rimu. Tako se kod Varona, *De Re Rustica* 2,7,15, može uočiti konstatacija kako se konji kupuju u različite svrhe; za vojsku, vuču, daljnji uzgoj ili natjecanje u vidu utrke. Varon ističe kako kod kupnje treba paziti za što će se koristiti jer se konji ne mogu suditi i vrednovati po istim standardima za sve namjene. Ako je riječ o

U principiju je nekoliko pitanja neriješeno, koja bi uvelike mogla utjecati na utvrđivanje pravne naravi odnosa desultora i nesuđenog prodavatelja. Tako je upitno je li izvor cjelovit ili je skraćivan, utječe li na utvrđivanje pravne naravi činjenica da je kupac bio desultor, čija je nagrada koju je desultor dobio na natjecanju, jesu li stranke sklopile ugovor ili su još uvijek u sferi neobvezujućih pregovora te odnos principija s činjeničnim stanjem prikazanim u nastavku (kupnja mula na pokus).¹²

Beseler, Biondi, Diaz Rodriguez, Knellwolf, Misera i Peters smatraju kako je principij skraćivan, jer mu nedostaju dijelovi koji bi detaljnije opisali međusobni odnos stranaka.¹³ Pókecz Kovács tvrdi kako je izvor pisan lakonski te ga je iznimno teško tumačiti, što navodi na zaključak kako su ga kompilatori vjerojatno skratili i interpolirali.¹⁴ Slijedom navedenoga, ujednačeni zaključak citiranih romanista, s kojim se slažemo jest da izvoru nedostaju dijelovi koji bi cijelom odnosu dali dublje značenje i širi kontekst.

Kod tumačenja principija važna je činjenica kako je kupac bio *desultor*, odnosno akrobat koji je preskakao s konja (ili kočije) na drugog konja u galopu.¹⁵ Desultori su akrobacije izvodili u stankama između trka kola, a iste se mogu usporediti s demonstracijama jahanja u cirkusu, koje zahtijeva izvrsnu pripremu i snagu.¹⁶ Što se tiče namjene za koje su konji nabavljani, djeluje kako je desultor tražio konje koje će koristiti za natjecanja jer ih je tako testirao, iako iz činjeničnog stanja proizlazi kako su stranke ugovorile lakšu probu za utvrđivanje željenih svojstava, koja se trebala odviti izvan natjecanja.

Kod rasprave o pitanju čija je osvojena nagrada, Misera analogijom s izvorom D. 7,8,12,4 (*Ulpianus libro 17 ad Sabinum*) smatra kako je prodavatelj mogao tražiti nagradu od desultora ako je on odlučio vratiti konje,¹⁷ što proizlazi iz činjenice kako

uporabi konja, informacije se pronalaze kod Kolumele, *De Re Rustica*, 6,27,1 i 6,29,4, gdje se dijele u tri kategorije. Pritom su prva kategorija najplemenitije pasmine, koje se koriste u cirkusu. Dresura konja za potrebe cirkusa je teška te Kolumela predlaže da se ne započinje prije negoli konj napuni tri godine. U skladu s uputom, razumljivo je zašto bi i bilo korisno izvršiti pokus konja prije konačne odluke o kupnji jer svaka svrha zahtijeva određene karakteristike, koje ne moraju biti shvaćene kao nedostaci kako bi postojao naknadni zahtjev kupca za raskidom ugovora i povratom plaćene kupovine.

12 Vidi detaljnije o kupnji mula *infra*.

13 Beseler, G., *Romanistische Studien*, ZSS, vol. 54, 1934, str. 14; Biondi, B., *Contratto e stipulato*, Milano, Multa Paucis Ag, 1953, str. 108; Diaz Rodriguez, E., op. cit., str. 192; Knellwolf, M., op. cit., str. 90–96; Misera, K., op. cit., str. 550–502; Peters, F., op. cit., str. 88, bilj. 4.

14 Pókecz Kovács, A., op. cit., str. 336. Vidi i tumačenja autora navedenih u prethodnoj bilješci.

15 *Desultor, oris*, m. – *cirkuski skakač koji skače s jednog konja na drugoga*. Marević, J., op. cit., str. 731. Smith opisuje pojam *desultor* kao: *literally "one who leaps off", (desultor) was applied to a person who rode several horses or chariots, leaping from one to another...* Smith, W. A., *Dictionary of Greek and Roman Antiquities*, London, Little, Brown and Company, 1875, str. 394–395.

16 Vidi detaljnije u Wacke, A., op. cit., str. 362. Desultorova točka bila je jako popularna te su sami desultori često bili korišteni kao primjeri u antičkoj poeziji. Tako se kod Ovidije u *Amores* 1,3,15 nalazi "... non sum desultor amoris...": "... nisam prevrtljivac (spretan, gibak čovjek, preskakač) ljubavi..." (prijevod prema Ladan, T., *Sabrana djela – I/3 Publije Ovidije Nazon*, Zagreb, Signum, 2001, str. 6).

17 D. 7,8,12,4 (*Ulpianus libro 17 ad Sabinum*) govori o konjima koji su ostavljeni kao singularno

sudjelovanje na natjecanju nije pokriveno ugovorenom probom konja *experimentum*. Navedeno tumačenje ima svoje uporište i u sljedećem tekstu:

D. 13,6,13,1 (*Pomponius libro 11 ad Sabinum*) *Si quem quaestum fecit is qui experiendum quid accepit, veluti si iumenta fuerint eaque locata sint, id ipsum praestabit (ei) qui experiendum dedit: neque enim ante eam rem quaestui cuique esse oportet, priusquam periculo eius sit.*¹⁸

Paragraf se nalazi u naslovu o realnom kontraktu posudbe *commodatum*, a dolazi iz Pomponijeve 11. knjige komentara Sabina.¹⁹ Prema kratkom opisu, ako stranaka primi stvar kako bi ju isprobala, na primjer ako bi dobila stoku u najam i s njom ostvarila dobit, Pomponije smatra kako tu dobit treba vratiti osobi koja je dala stvar na testiranje po pravilu da onaj tko snosi rizik ima i pravo na koristi od stvari. Iz navedenog djeluje kako se ugovor o kupnji neće smatrati sklopljenim ako se stvar predaje na testiranje pa da ga kupac može kasnije raskinuti, već se pravni učinak ugovora suspendira do ispunjavanja uvjeta, odnosno pozitivne ocjene potencijalnoga kupca.²⁰ Poveznica s Ulpijanovim principijom vidljiva je u smislu da analogijom desultor ne bi mogao zadržati dobit koju je ostvario u probnom razdoblju, jer nije snosio rizik sukladno s pravnom naravi opisanog odgodnog uvjeta.

Temljno i ujedno najvažnije pitanje u raspravi o citiranom principiju jest, jesu li stranke prije probe sklopile kupoprodajni ugovor ili ne. U Siberovom udžbeniku Rimskog prava iz 1928. godine vidljiva je teza; ako ugovor nije sklopljen te nije moguće koristiti tužbu iz istog, pretoru uvijek ostaje mogućnost zaštite oštećene strane putem *actio in factum*.²¹ Djeluje kako je stajalište Sibera da je Labeonu bilo sporno pitanje je li kupoprodajni ugovor zaključen ili ne, te smatra kako je pravnik postavio alternativu. Ako bi ugovor bio sklopljen, prodavatelj bi mogao tražiti kupovninu, a ako nije, tada bi mogao tražiti naknadu za *furtum usus*, koji je potencijalno počinio desultor.²² Ulpijan je nastavio na istom tragu kao i Labeon pa tvrdi kako se ugovor

nasljedstvo u obliku legata. Ulpijan se pita mogu li se konji koji su ostavljani za vuču kola koristiti za utrku u cirkusu te zaključuje kako ne mogu. Međutim, u nastavku paragrafa pravnik prikazani stav djelomično poništava tvrdnjom; ako je ostavitelj znao da se legatar natječe u cirkusu, tada će legataru biti dopušteno koristiti konje za utrku. Dakle, po Miseri je važno je li prodavatelj znao da će konji biti korišteni za utrku ili ne. Misera, K., op. cit., str. 550–552.

18 D. 13,6,13,1: „Profit stečen od stvari koje su predane da bi bile testirane, kao na primjer, tegleće životinje koje su dane u najam kako bi se isprobale, mora se uzeti u obzir za osobu koja je dala stvar na probu. Jer nitko ne bi smio stjecati dobit od investicije sve dok on isto ne snosi rizik u svezi sa stvari“.

19 Lenel, O., *Paligenesia Iuris Civilis*, vol. 2, Leipzig, Bernhard Tauchnitz, 1889, str. 114. Više o izvoru vidi u: Ferrini, C., *Opere di Contardo Ferrini*, Tome 3, Milano, Ulrico Hoepli, 1929, str. 148; Misera, K., op. cit., str. 556; Pókecz Kovács, A., op. cit., str. 325; Santoro, R., op. cit., str. 125–126.

20 Vidi detaljniju analizu u: Misera, K., op. cit. 556; Pókecz Kovács, A., op. cit., str. 325.

21 Siber, H., *Römisches Privatrecht*, vol. II, Berlin, Hermann Sack, 1928, str. 209.

22 *Furtum usus* korištenje je ili uporaba stvari koju štetnik dobije iz određenog razloga, ali ne kako bi ju rabio na način na koji ju je rabio, stoga svojim činom „krade“ uporabu stvari i koristi je suprotno pravnoj prirodi ugovorenoga pravnog odnosa. Klasičnost pojma je upitna. Usp. Berger, A., *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia, The American Philosophical Society, 1953, str. 481; Ferrini, C., *Opere 5 Studi Vari di diritto romano e moderno*, Milano, Ulrico Hoepli, 1930, str. 114, 135; Kaser, M., *Die actio furti des Verkäufers*, ZSS, vol. 96,

može smatrati sklopljenim samo ako će se smatrati da je kupac prekludiran u davanju izjave o nezadovoljstvu sa konjima.²³ Pojednostavljeno, ugovor će biti sklopljen i proizvoditi pravne učinke samo ako se smatra da je kupac ostao bez prava raskida ugovora kad je ispitao konje. Beseler slično navodi kako bi čin predaje konja mogao predstavljati sklapanje kupnje na pokus. Nije važno što desultor nije odobrio konje, ugovor bi i dalje mogao i dalje sklopljen. U uspješno odrađenoj utrci vidi implicitnu izjavu kupca o kvaliteti konja, koja ga obvezuje.²⁴

Jedan od problema koji proizlazi iz opisa jest činjenica kako nije navedeno može li kupac izgubiti pravo otkazivanja ugovora. Djeluje kako bi mogla biti navedena mogućnost, posebice u situaciji kao u opisanom primjeru, jer je kupac intenzivno se koristio predmetom kupoprodaje i zbog te bi činjenice mogao izgubiti pravo otkazivanja ugovora.²⁵ Opisani je pristup *in favorem* prodavatelja i pravni je mehanizam ujednačavanja prava i obveza obje ugovorne strane, ali je upitna njegova primjena u ovom primjeru.²⁶

Wieacker iz postavljenoga činjeničnog stanja zaključuje kako se kupoprodajni ugovor ne može smatrati sklopljenim, te tako tvrdi kako u principiju ne piše kako su konji prodani, već kako će biti prodani ako se svide kupcu, što mu je vidljivo iz fraze *si tibi equos venales experiendos dederō*.²⁷ Labeonova je dvojba razumljiva budući da je desultor bio zlonamjeran u pregovorima te ga zanima što omogućiti kao pravno sredstvo prodavatelju; *actio venditi* ili naknadu zbog *furtum usus*.²⁸ Flume podržava Wieackerovu tezu kako ugovor nije sklopljen te ju nadopunjuje da je u navedenom primjeru jedino ponuda prodavatelja. Nastavlja kako je principij nepotpun te je nemoguće odgonetnuti zašto Labeon spominje *actio venditi*.²⁹ Diaz Rodriguez tumači kako ni Labeon ni Ulpijan nisu izrazili stajalište kako je kupoprodaja „perfektna“, već govore o prodaji koja se nije dogodila, odnosno koja u konačnici nije proizvela pravni učinak zbog odluke desultora.³⁰ Santoru je u principiju najvažnija činjenica kako je testiranje konja bilo besplatno, odnosno prodavatelj nije od desultora trebao za isto dobiti naknadu, stoga opisani oblik testiranja ubraja u *datio ad experiendum gratuita*.³¹ Po Santoru, glavno je pitanje principija kako će prodavatelj tražiti od desultora povrat onoga što je stekao uporabom njegove stvari, uvjeti nisu predmet

1979, str. 89–128; Niederländer, H., Die Entwicklung des furtum und seine etymologischen Ableitungen, ZSS, vol. 67, 1950, str. 185–260.

23 Siber, H., op. cit., str. 209.

24 Beseler, G., op. cit., str. 14 i sl.

25 Detaljnije o tumačenju vidi u: Peters, F., op. cit., str. 90.

26 U tom smislu, Wacke je stajališta kako je kupac neovlaštenim korištenjem tuđih konja sudjelovao na utrci suprotno načelu savjesnosti i poštenja, te je tim činom implicitno prihvatio životinje kao zadovoljavajuće. Vidi detaljnije u: Wacke, A., op. cit., str. 369.

27 Wieacker, F., Lex Commissoria: Erfüllungszwang und Widerruf im Römischen Kaufrecht, Berlin, Springer, 1932, str. 74.

28 loc. cit.

29 Flume, W., op. cit., str. 325.

30 Iz navedenoga stajališta djeluje kako je za Diaz Rodriguez opisani sporazum stranaka besplatno davanje na probu *datio*. Diaz Rodriguez, E., op. cit., str. 198.

31 Santoro, R., op. cit., str. 124. Vidi slično u: Diaz Rodriguez, E., ibid., str. 198–199; Petranović, A., Uvjetovani..., cit., str. 1227–1228.

interesa ni Labeona ni Ulpijana.³² Suprotno od prikazanih tumačenja, određeni broj romanista u činjeničnom stanju vidi opis uvjetovane kupoprodaje, čije će teorije biti analizirane dalje u tekstu.

Opis nastale situacije kao kupoprodaje s dodanim odgodnim uvjetom vidljiv je u tumačenjima Wackea, koji je činjenično stanje iz D. 19,5,20pr. (*Ulpianus libro 32 ad edictum*) temeljito raščlanio.³³ On tvrdi kako se opisani slučaj vjerojatno dogodio u stvarnosti, a kao dokaz daje sam citat iz principija; umjesto pravilno postavljenoj *si displicuissent, in triduo redderes* nalazi se *si in triduo displicuissent, redderes*.³⁴ Iz navedenog zaključuje da je Labeon davao pravno mišljenje na neprecizno postavljeno pitanje laika u pravu što je Ulpijan kasnije tumačio. Nastavlja kako je vjerojatnost pobjede desultora na natjecanja na nepoznatim konjima minimalna te potencijalno postavlja situaciju u ruralnu sredinu izvan Rima, gdje je profesionalna konkurencija bila slaba.³⁵ U djelima istog autora vidljiva je teza kako je testiranje uobičajena praksa kod kupnje stoke jer se pregledom usta teglećih životinja može zaključiti samo njihova dob, dok je za prikladnost konja u svrhe desultora potrebno duže i temeljitije ispitivanje.³⁶

Po Wackeu, Labeonova prikrivena teza je da zadržavanjem nagrade nije moguće odbiti sklopiti ugovor.³⁷ Po prikazanom tumačenju, stajalište Labeona je da desultor pobjedom na natjecanju mora platiti kupoprodajnu cijenu. Ulpijan postavlja situaciju suprotno. Ako desultor vrati konje jer njima nije zadovoljan, ne može zadržati nagradu. Wacke zaključuje kako po Ulpijanu desultor i dalje ima pravo izbora. Ako želi zadržati dobit od natjecanja, mora sklopiti kupoprodaju, a ako ne sklopi kupoprodaju, ne može zadržati nagradu.³⁸ Prema prikazanoj argumentaciji, moguća su dva pravna problema u Ulpijanovom principiju. U doba Labeona, kupac je lišen prava na raskid ako je zadržao dobit, odnosno naknadu, te je zato prodavač mogao putem *actio venditi* tražiti kupoprodajnu cijenu. Drugo tumačenje nastaje u vrijeme Ulpijana, te kako je rok testiranja konja bio iznimno kratak, riječ je o kupnji zaključenoj s odgodnim uvjetom. Prijedlog *actio praescriptis verbis* govori u prilog odgodnosti, jer tada ugovor nije proizveo nikakav pravni učinak, odnosno uvjet se izjalovio i

32 Santoro, R., op. cit., str. 125.

33 Naziv je rada *Dig. 19,5,20 pr.: Ein Siegespreis auf fremden Pferden Zur Gewinn-Ablieferungspflicht beim Kauf auf Probe*. Wacke, A., op. cit., str. 359–379.

34 *ibid.*, str. 360.

35 *loc.cit.* Wacke tvrdi kako je cijela situacija postavljena (pomalo) komično te je zanimljiv predmet za studente prava koji ga mogu rješavati u praktičnoj nastavi s podijeljenim ulogama.

36 Wacke navodi kako je poprilično čudnovato što je desultor pobijedio na natjecanju te su se tako konji dokazali, ali ih je svejedno odbio kupiti. Prema tome, autorova je teza kako nisu svi konji prikladni za taj oblik jahanja, već moraju biti dobro izdresirani, i kako se točka izvodi na više konja simultano, moraju biti naviknuti jedni na druge. Vidi detaljnije u: Wacke, A., *Europäische Spruchweisheiten über das Schenken*, u: Zimmermann, R. (ur.), *Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik*, Heidelberg, C. F. Müller, 1999, str. 362; Wacke, A., *Dig...*, cit. str. 360.

37 Wacke, A., *Dig...*, cit., str. 360 i sl.

38 Prikazanu alternativu autor naziva ponudom dosljednog postupanja, te mu je rješenje u skladu s načelom savjesnosti i poštenja. Stoga, kupac ne može odabrati samo prednosti, već ima i obvezu, neovisno o odabiru. *Ibid.*, str. 370.

nema mogućnost primjene tužbi iz kupoprodaje.³⁹ Slično je tumačenje vidljivo i kod Michela, koji navodi kako je sporazum stranaka odgodno formulirani uvjet te se ne može tumačiti kao besplatna posudba.⁴⁰

Misera suprotno opisanom naglašava kako je u principiju riječ o raskidno postavljenom uvjetu, što se posebice očituje u Labeonovom prijedlogu primjene tužbe *actio venditi*, koja nije primjenjiva kod odgodnih uvjeta. Drugi Miserin argument u prilog tezi leži u primjeni glagola *displicere* za označavanje nezadovoljstva, koji je uobičajeno korišten kod raskidno uvjetovane kupoprodaje, što je kasnije nazvano (dodanim uglavkom) *pactum displicentiae*.⁴¹ Posljednja Miserina teza dolazi iz Ulpijanovog odbijanja primjene *actio venditi* koju je predlagao Labeon, s tumačenjem kako je *actio prescriptis verbis* točnije rješenje. Prikriveno Ulpijanovo stajalište kako klauzula *bona fides* u ovom primjeru ne obuhvaća korištenje stvari (konja) suprotno ugovoru bi mogao biti razlog zašto umjesto *actio venditi* predlaže *actio prescriptis verbis*, koja će se primijeniti tek nakon što kupoprodajni ugovor bude raskinut (po raskidnom uvjetu).⁴²

Thomas smatra kako činjenično stanje obrađuje kupoprodaju s dodanim uglavkom *pactum displicentiae* te uspoređuje probni rok testiranja konja s probnim rokom kupnje vina na pokus, koji je iznosio tri dana.⁴³ Usporedbom zaključuje, *pactum displicentiae* mogao je biti i odgodan i raskidan uvjet, ali je u razdoblju republike postalo uobičajeno da se ugovara kao raskidni, što je dovelo do ga tumače isključivo kao raskidnog.⁴⁴

Knellwolf navodi kako izvor ne sadrži dostatno informacija da se iz njega iščita sadržaj sporazuma, a da je riječ o spornom odnosu ukazuje i Ulpijanov prijedlog *actio prescriptis verbis*.⁴⁵ Citiranjem dvojbe Labeona o tome postoji li mogućnost

39 Prema navedenom, Wacke smatra kako se Ulpijan referira na kupnja na pokus u obliku odgodnog uvjeta. Ibid., str. 373 i 378.

40 Michel, J. H., L'influence de la lex venditionis sur la règles du contrat de vente, Revue internationale des droits de l'antiquité, vol. 13, 1966, str. 325–340.

41 Misera, K., op. cit., str. 550–552. O glagolu *displicere* vidi u: Sukačić, M., Nevaljanost..., cit., str. 131, bilj. 49–50.

42 Misera govori o *actio in factum*, iako Ulpijan navodi *agere praescriptis verbis*. Misera, K., op. cit., str. 550–552. Više o *actio in factum* vidi infra, bilješke 62 i 63.

43 Thomas, J. A. C., op. cit., str. 571. Vidi više o kupnji vina naziva *emptio ad gustum*, gdje je kupac mogao kušati vino i odbiti kupoprodaju ako je kiselo i pljesnivo, u: Frier, B., Roman Law and the Wine Trade: The problem of "Vinegar Sold as Wine", ZSS, vol. 100, 1983, str. 275–295; Harder, M., Weinkauf und Weinprobe im römischen Recht, u: Lutter, M. i dr. (ur.), Festschrift für Johannes Bärmann zum 70. Geburtstag, München, C.H. Beck, 1975, str. 17–30; Jakab, E., Riskomanagement beim Wienkauf, Periculum und Praxis im Imperium Romanum, München, C.H. Beck, 2009; Olszak, N., *Emptio ad gustum*: La vente a la degustation, de l'antiquite a l'article 1587 du Code Civil, Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis, vol. 58, 4/1990, str. 373–374; Petranović, A., Položaj..., cit., str. 101–105; Yaron, R., Sale of Wine, u: Daube, D. (ur.), Studies in the Roman Law of Sale, Oxford, Clarendon Press, 1959, str. 71–78.

44 Thomas, J. A. C., op. cit., str. 571

45 Knellwolf, M., op. cit., str. 92–94. Ulpijan navodi *agere praescriptis verbis*. Vidi detaljnije o odnosu *agere praescriptis verbis* i *actio praescriptis verbis*, u: De Francisci, P., Synallagma, vol. 1, Pavia, Multa Paucis, 1913, str. 41–85; Kaser, M., Oportere und ius, ZSS, vol. 83, 1966, str. 37–39; Kretschmar, P., Kritik der Interpolationenkritik, ZSS, vol. 59, 1939, str. 190 i sl.;

primjene tužbe iz kupoprodajnog odnosa protiv kupca, djeluje da Ulpijan dvoji je li u činjeničnom stanju riječ o kupoprodajnom ugovoru ili o nekom drugom pravnom institutu.⁴⁶ Labeonovo tumačenje pretpostavljalo je odnos *emptio venditio*; bilo da je riječ o bezuvjetnoj kupoprodaji koja će se naknadno moći raskinuti ili o odgovno uvjetovanoj kupoprodaji. Ulpijan primjenom *actio praescriptis verbis* isključuje primjenu *actio venditi* i time neizravno poručuje kako je po njemu upitna perfektnost kupoprodaje.

Knellwolfovo tumačenje pravnog odnosa između stranaka ovisi o odgovoru na pitanje opisuje li se u principiju pravni posao usmjeren stjecanju dobiti ili prijateljski odnos gdje prodavatelj ima povjerenje u poštenje kupca. U tom smislu, zaključuje kako činjenični opis više navodi na tumačenje o naplatnom pravnom poslu kupoprodaje s dodanim uglavkom *pactum displicentiae*, ali ostavlja prostor i za druga tumačenja.⁴⁷ Dakle, Ulpijanovo bi se stajalište moglo tumačiti kao raskidno postavljeni uvjet kod kojeg je kupoprodajni odnos raskinut zbog izjave o nezadovoljstvu konjima.⁴⁸ Knellwolf smatra kako ono podupire sporazum stranaka u dijelu u kojem govori o povratu stvari u slučaju nezadovoljstva, ali ističe kako su sporazum kreirale osobe bez pravničkog obrazovanja, što je posebice vidljivo u opisu posljedice nezadovoljstva konjima kao „*deinde emere nolueris*”.⁴⁹ Drugi je pristup kako Ulpijanu kupoprodajni odnos nije proizvodio pravne učinke pa bi u principiju mogla biti riječ i o odgovnom uvjetu.⁵⁰ Prikazano je tumačenje u suprotnosti s općim pravilom o nevaljanosti odgovornih potestativnih uvjeta u korist dužnika, o čemu je bez konačnog zaključka trajala duga rasprava u romanistici.⁵¹

Citiranom činjeničnom stanju pažnju je posvetio i Pókecz Kovács te tako tvrdi kako su stranke fiksirale cijenu za konje, jer bez njega ne bi nikako mogla predstojati kupoprodaja.⁵² Pókecz Kovács principij je podijelio na dva dijela. Prvi dio sadrži

Zimmermann, R. op. cit., str. 532–533; Zhang, L., op. cit., str. 72–76.

46 Knellwolf, M., op. cit., str. 90–96. Usp: Diaz Rodriguez, E., op. cit., str. 198–199; Santoro, R., op. cit., str. 124.

47 Kratki rok ispitivanja konja ukazuje kako prodavatelj želi da kupac brzo odluči, što bi moglo potvrđivati kako je riječ o pravnom poslu usmjerenom na stjecanje dobiti. Može se nagadati kako je prodavatelj profesionalni trgovac stokom, što djelomično potvrđuje činjenica da je riječ o nekoliko konja vrhunske kvalitete, demonstrirane desultorovom pobjedom. Vidi detaljnije u: Knellwolf, M., op. cit., str. 90-96. Stajalište autora je kako se Knellwolf ovdje poziva na tezu kako je kupoprodaja s dodatnim uglavkom *pactum displicentiae* najčešće ugovarana na tržnici kod kupnje robova i teglećih životinja. Vidi detaljnije u jedinicama literature iz bilješke 3.

48 loc. cit. Knellwolf izražava sumnju da bi rano klasični pravnik Labeon mogao tumačiti opisani sporazum tako da predlaže primjenu raskidnih uvjeta, jer je riječ o vrlo apstraktnim konstrukcijama.

49 loc. cit. Usp. Bechmann, A., *Der Kauf nach Gemeinem Recht*, vol. II, Erlangen, Verlag Von Andreas Deichert, 1884, str. 234 i sl.; Levy, E., op. cit., str. 275.

50 Knellwolf, M., op. cit., str. 90-96. Djeluje kako je Knellwolfu tumačenje o odgovnom uvjetu najizglednije.

51 loc. cit. Knellwolf posebice ističe prikazani problem te ga temeljito razrađuje kroz cjelokupnu disertaciju. Detaljniju analizu vidi i u Sukačić, M., *Nevaljanost...*, cit., str. 117–146, s uputom na daljnju literaturu.

52 Cijena i predmet nužni su elementi za kupoprodaju. Ako nema cijene, onda nije moguće ni primijeniti *actio venditi*, što je bilo ponudeno kao jedno od pravnih sredstava. Usp. Pókecz

Labeonovo pitanje može li prodavatelj koristiti se *actio venditi* protiv potencijalnoga kupca koji je nakon besplatnog testiranja vratio konja te Pókecz Kovács zaključuje kako je opisano tipični kupoprodajni ugovor s dodanim uglavkom *pactum displicentiae* u obliku raskidnog uvjeta. To potvrđuje činjenicom kako su raskidni uvjeti bili češće u uporabi u razdoblju rane klasike te jer se u tekstu nalazi izraz *displicere*, koji ukazuje na raskidnost.⁵³ Dakle, Pókecz Kovács smatra kako je ugovor „perfektan“ te je proizveo puni učinak koji može biti opozvan odlukom kupca. Tijekom pokusa rizik snosi desultor, stoga je njegova i dobit od uporabe stvari.⁵⁴ Prema navedenom, kratak je rok obojici u interesu jer će prodavatelj brzo dobiti odgovor sviđaju li se konji kupcu, dok kupac neće morati plaćati najamninu za vrijeme probe.

U drugom dijelu izvora Ulpijan ispravlja Labeonovo tumačenje o *actio venditi* i predlaže primjenu *actio praescriptis verbis*, što se može tumačiti kako je Ulpijanovo stajalište da ugovor još nije sklopljen ili nije postao „perfektan“. Kako je kupac iskoristio svoje pravo na povrat stvari u roku od tri dana, mora prodavatelju vratiti i sve dobiti koje je ostvario korištenjem i uporabom njegove stvari. Pókecz Kovács zaključuje kako Ulpijanovo stajalište znači da se dobit tijekom probnoga razdoblja može pripisati prodavatelju. Slijedom navedenog, supsidijarni uglavak o kupnji na probu, nazivao se on *pactum displicentiae* ili ne, može se tumačiti i kao odgodan uvjet, posebice iz prizme Ulpijanovog tumačenja o *actio praescriptis verbis*.⁵⁵

3. KUPNJA MULA U D. 19,5,20,1 (ULPIANUS LIBRO 32 AD EDICTUM)

Ulpijan i u prvom paragrafu fragmenta D. 19,5,20 opisuje kupnju na pokus, ali su objekt kupoprodaje mule. Izvor je detaljno obrađivan u djelima romanista zbog usporedivih otvorenih pitanja i dvojbii s principijom:⁵⁶

D. 19,5,20,1 (*Ulpianus libro 32 ad edictum*) *Item apud melam quaeritur, si mulas tibi dedero ut experiaris et, si placuissent, emeris, si displicuissent, ut in dies singulos aliquid praestares, deinde mularum a grassatoribus fuerint ablatae intra dies experimenti, quid esset praestandum, utrum pretium et merces an merces tantum. Et ait Mela interesse, utrum emptio iam erat contracta an futura, ut, si facta, pretium petatur, si futura,*

Kovács, A., op. cit., str. 315–318.

53 *ibid.*, str. 328, 336–337. Usp. Flume, W., op. cit., str. 324–325; Misera, K., op. cit., str. 550–553; Peters, F., op. cit., str. 88–91, 101–102.

54 Pokus je ugovoren na kratak razdoblje od tri dana što bi mogao biti jedini razlog besplatnosti. Ako bi bio duži, utoliko bi bio naplatan, odnosno bio bi usporediv sa situacijom s mulama, gdje se plaćala naknada za svaki dan njihova korištenja. Vidi detaljnije u: Pókecz Kovács, A., op. cit., str. 315–318.

55 *ibid.*, str. 337.

56 Vidi posebice u: Diaz Rodriguez, E., op. cit. str. 195–202; Diaz Rodriguez, E., *Antecedentes históricos del art. 1.453 del Código civil español*, *Revue internationale des droits de l'antiquité*, vol. 45, 1998, str. 634–637; Flume, W., op. cit., str. 324–327; Knellwolf, M., op. cit., str. 10–21 i 88–92; Lardeur, G., op. cit., str. 90 i sl.; Misera, K., op. cit., str. 543–547; Peters, F., op. cit., str. 107 i sl.; Zimmermann, R., op. cit., str. 73–740; Zulueta, F., *The Roman law of Sale, Introduction and select texts*, Oxford, University Press, 1945, str. 58–59.

*merces petatur: sed non exprimit de actionibus. Puto autem, si quidem perfecta fuit emptio, competere ex vendito actionem, si vero nondum perfecta esset, actionem talem qualem adversus desultorem dari.*⁵⁷

Činjenično stanje Ulpijan postavlja citirajući rano klasičnoga pravnika Melu te kaže kako su mule predane na pregled potencijalnom kupcu. Prijenos je izvršen sporazumom kojim će primatelj kupiti životinje ako mu se svide. Ako mu se ne svide, morat će platiti najamninu za svaki dan korištenja. Situacija se komplicira jer su mule ukradene potencijalnom kupcu u razdoblju dok još uvijek nije izrazio svoje zadovoljstvo njima. Melino rješenje ovisi o tome je li kupoprodaja sklopljena ili ne, dok Ulpijanov prijedlog ovisi o pitanju perfektnosti ugovora.

Objekt opisane pogodbe su mule o kojima je pisao Varon, pa tako navodi da dvije povezane (mule) vuku sva vozila po cestama, te je važno da su dobre kvalitete. Kolumela tvrdi da su mule niže cijene od konja dobre pasmine.⁵⁸ Mule se ubrajaju u stoku *iumenta*, pa se toga u komentarima pravnika o ediktu kurulskih edila može uočiti što su tipični nedostaci, poput disproporcija tijela životinje zbog kojeg se ne može upregnuti s drugom (lat. *alterum iugum non pati*) i mule koja udara bez razloga (lat. *sine causa turbari*).⁵⁹

Mela pravni problem između potencijalnog kupca i prodavatelja opisan u izvoru pokušava riješiti razlikovanjem. Ako je kupnja *emptio futura*, kupac plaća najamninu, a ako je već bila *contracta facta*, kupac plaća kupovninu. *Emptio futura* znači kako kupoprodaja nije nastala, a rizik je krađe na prodavatelju. Djeluje kako tumačenje *contracta facta* govori da je ugovor perfektan, a tada je rizik na kupcu. Mogla bi se postaviti teza da kupcu daljnje neodobravanje kupnja mula ne bi puno značilo, jer je rizik bio na njemu tijekom probnoga razdoblja i do trenutka nestanka stvari nije izrazio nezadovoljstvo.

U Melinom pitanju nalaze se *pretium et merces*, a u odgovoru ili jedna ili druga naknada. *Pretium* bi se plaćao zbog snošenja rizika, a *merces* zbog neodobravanja objekta kupoprodaje. U tumačenju je vidljivo kako je veća naknada progutala manju, odnosno kako je *pretium* u sebe preuzeo i *merces*.⁶⁰ Rješenje je u skladu s tezom. Ako

57 D. 19,5,20,1: „Isto se raspravlja kod Mele, ako bih ti dao mazge da ih probaš i ako budeš zadovoljan da ih kupiš, a ako ne budeš da platiš za svaki dan koji si ih držao kod sebe, no mazge budu ukradene tijekom probnog perioda. Za što se odgovora, ili i za cijenu i najamninu ili samo za najamninu? Mela kaže da je bitno je li kupnja već sklopljena ili je tek trebala biti. Ako je bila sklopljena, traži se cijena, a ako nije, onda samo najamnina, ali ništa ne izriče o tužbama. Ja mislim, ako je kupnja bila perfektan, mogu se koristiti tužbe iz kupoprodaje, ali ako zaista još nije bila perfektan, daje se tužba kao i u slučaju akrobatskog jahača” (prijevod prema Karlović, C., op. cit., str. 145–146).

58 Varro, *de Re Rustica*, 2,8,5; Collumella, *de Re Rustica*, 6,27,1.

59 D. 21,1,38,9, (*Ulpianus libro secundo ad edictum aedilium curulium*): „... ut alterum iugum non patiat...”; D. 21,1,43,pr. (*Paulus libro primo ad edictum aedilium curulium*): „... quae sine causa turbantur ...” Mule su također *res Mancipi*, pa je prijenos vlasništva trebao biti izvršen putem *mancipatio* ili *in ure cessio*. Vidi i supra, bilješke 8, 9 i 10.

60 U romanistici je raspravljano je li dvojba između *pretium et merces* karakteristična za Melu. Tako Horak tumači paragraf D. 17,1,22,9 (*Paulus libro 32 ad edictum*), gdje Paul citira Melu, a obrađuje se pitanje odbjegloga roba koji je ukradenim novcem kupio robove, koje je prodavatelj isporučio trećoj osobi Ticiju. Mela navodi kako je vlasnik odbjegloga roba

se plaća materijalna vrijednost predmeta, nije nužno naknaditi vrijednost uporabe i/ili njegovo korištenja.⁶¹ Mela svakako ne navodi tužbe što Ulpijan naglašava i korigira Melino stajalište te navodi; ako je kupoprodaja bila „perfektna“, mogu se koristiti tužbe iz kupoprodaje, ali ako nije stekla to svojstvo, primjenjiva je istovjetna tužba kao u primjeru s deslutorom, dakle *actio praescriptis verbis*.

Ulpijan, dakle u slučaju perfektnosti predlaže primjenu tužbe iz kupoprodaje *actio venditi*, s kojom će prodavatelj tražiti kupovninu. Tužba iz kupoprodajnog odnosa podudara se s rješenjima u izvorima koji obrađuju kupnju na pokus u obliku kupoprodaji dodanog uglavka *pactum displicentiae*, gdje su se pravnici zalagali za primjenu tužbe iz kupoprodaje ili *actio in factum*, koja bi se temeljila na sporazumu između stranaka jer je kupoprodajni ugovor otkazan neodobravanjem potencijalnog kupca.⁶² Sljedeći fragment Paulove druge knjige komentara pretorskog edikta sadrži opisano rješenje:⁶³

D.18,5,6 (*Paulus libro secundo ad edictum*) *Si convenit, ut res quae venit, si intra certum tempus displicuisset, redderetur, ex empto actio est, ut Sabinus putat, aut proxima empti in factum datur.*⁶⁴

mogao putem *actio mandati* tražiti povrat robova njemu, jer je njegov rob odredio da se robove isporuče Ticiju. Ako bi situacija bila suprotna, te je prodavatelj isporučio robove Ticiju bez da je to rob tražio, utoliko bi vlasnik mogao koristiti tužbu iz kupoprodajnog odnosa *actio empti* i tražiti predaju robova. Primjer ukazuje kako činjenično stanje s mulama nije jedini Melin izvor s dva ponuđena rješenja, posebice iz sfere konsenzualnih kontrakata. Vidi detaljnije u: Horak, F., *Rationes Decidendi*, I. Band, Aalen, Scientia Verlag, 1969, str. 140–141. Vidi detaljnije o odnosu kupoprodaje i najamnih ugovora kod Mele, u: Knütel, R., *Kauf und Pacht bei Abzahlungsgeschäften im römischen Recht*, u: Medicus, D. i dr. (ur.), *Max Kaser zum 65. Geburtstag gewidmet von seinen Hamburger Schülern*, Berlin, Duncker & Humblot, 1973, str. 33–38.

- 61 Vidi više u: Betti, E., “Periculum” problema del risicho contrattuale in diritto romano classico e giustiano, *Studi in onore di Pietro de Francisci*, I., Milano, Multa Paucis, 1956, str. 153; Misera, K., op. cit., str. 543–547. Peters posebno razrađuje i kritizira tumačenja kako će potencijalni kupac morati platiti i *merces*. Usp. Peters, F., op. cit., str. 108, bilj. 14.
- 62 Usp. s literaturom koja obrađuje pitanje pravne zaštite kod uglavka *pactum displicentiae*: Buckland, W. W., *A Textbook of Roman Law from Augustus to Justinian*, Cambridge, University Press, 1921, str. 492–493; Diaz Rodrigéz, E., op. cit., str. 192–206; D’Ors, A. P., *Una nota sobre la contractualización de las entregas a prueba en Derecho romano*, *Anuario de historia del derecho español*, vol. 45, 1975, str. 598 i sl.; Flume, W., op. cit., str. 324–327; Lardeur, G., op. cit., str. 56–79; Misera, K., op. cit., str. 525–577; Thomas, J. A. C., *Fictitious satisfaction and conditional sales in Roman law*, *Irish Jurist*, vol. 1, 1/1966, str. 116–127; Wacke, A., op. cit., str. 359–379.
- 63 Lenel, O., *Paligenesia Iuris Civilis*, vol. 1, Leipzig, Bernhard Tauchnitz, 1889, str. 968. Više o fragmentu vidi u: Babusiaux, U., *Id quod actum est*, München, C. H. Beck, 2006, str. 180; Diaz Rodriguez, E., op. cit., str. 194; Lenel, O., *Beiträge zur Kunde des Edicts und der Edictcommentare*, ZSS, vol. 2, 1881, str. 41; McCormick, G., *Recenzija Frank Peters*, *Die Rücktrittsvorbehalte des Römischen Kaufrechts*, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, vol. 43, 3-4/1975, str. 322; Misera, K., op. cit., str. 552 i sl.; Viard, P. E., *Les pactes adjoints aux contrats en droit romain classique*, Pariz, Recueil Sirey, 1929, str. 85.
- 64 D. 18,5,6: „Ako se ugovori da će stvar, koja je predmet kupoprodaje biti vraćena ako se za određeno vrijeme ne bude dopadala (kupcu) – Sabin misli da tu dolazi u obzir *actio empti* ili, toj tužbi slična, *actio in factum*“ (prijevod prema Romac, A., *Izvori rimskog prava*, Zagreb, Informator, 1973, str. 407).

Paul u izvoru raspravlja o pravnoj zaštiti, odnosno obliku tužbe kojom bi se mogao tražiti povrat plaćene cijene kod kupnje ovisne o nezadovoljstvu predmetom (lat. *displicuisset*), te citira Sabina koji predlaže primjenu osnovne tužbe iz kupoprodajnog odnosa, *ex empto actio est*, odnosno nudi mogućnost primjene *actio in factum*.⁶⁵ Prijedlog bi tužbe *in factum* mogao biti zbog pravnog učinka ispunjenja raskidnog uvjeta. Naime, u slučaju ispunjenja uvjeta (nezadovoljstva) kupoprodajni odnos više ne postoji, pa je dvojbeno može li se primijeniti tužba iz ugovora koji više ne vrijedi. Ulpijanovo tumačenje kod mule, ali i kod konja iz principija je usporedivo jer nudi dva rješenja, osnovnu tužbu iz kupoprodaje i *actio praescriptis verbis*. Kako su mule ukradene, Ulpijanu je dvojbeno može li se koristiti tužba *actio venditi*, posebice ako kupac odluči kako mu se mule ne sviđaju, *čime bi kupoprodaja izgubila učinak*.

Drugo Ulpijanovo rješenje je *nondum perfecta*, kupoprodaja koja nije „perfektna“. Tada bi rizik ostajao na prodavatelju, a potencijalni kupac po Meli ne plaća *pretium* već *merces*. Davanje stvari kupcu radi testiranja njenih kvaliteta opisano u paragrafu mogao bi se tumačiti kao *inspiciendum dare*⁶⁶ ili kao odgovni uvjet. Zamjetno je u oba rješenja da kupac ne bi snosio rizik slučajne propasti i više sile. U *emptio futura*, to jest *nondum perfecta* prodavatelj snosi rizik u skladu s općim načelima snošenja rizika sve do stjecanja svojstva perfektnosti, što proizlazi iz tumačenja kako kupoprodajni ugovor nije „perfektna“ do odobrenja kupca, pa time i rizik ostaje na vlasniku, prodavatelju.⁶⁷ Postavljena formulacija znatno bi otežavala položaj prodavatelja, dok bi je kupcu uvelike olakšala.

Kod tumačenja paragrafa kao uvjeta, francuski romanisti iz 19. stoljeća Lardeur i Bufnoir dvojili su može li u činjeničnom stanju s mulama biti riječ o kupoprodajnom ugovoru sklopljenom uz raskidni uvjet *si displicuisset*.⁶⁸ Raskidni bi uvjet značio kako će rizik slučajne propasti biti na kupcu kao vlasniku stvari te će morati platiti cijenu za mule, iako je predmet propao prije nego je iskazao nezadovoljstvo. Lardeur navodi kako Melino tumačenje, odnosno rješenje *emptio futura* pretvara cjelokupnu situaciju u odgovni uvjet *si placuerit*, što potpuno mijenja pravni položaj stranaka, jer odgovni uvjet dovodi do drukčijeg snošenja rizika, odnosno tada prodavatelj snosi cjelokupni rizik propasti stvari.⁶⁹ Tumačenje opisane situacije kao odgovnog uvjeta vidljivo je i u

65 Usp. D'Ors, A., Una..., cit., str. 597; Impallomeni, G., op. cit., str. 73, bilj. 74; Liebs, D., Rechtsschulen und Rechtsunterricht im Prinzipat, u: Temporini, H. (ur.), Aufstieg und Niedergang der römischen Welt, vol. II, 15, Berlin, New York, de Gruyter, 1976, str. 261; Misera, K., op. cit., str. 534; Wieacker, F., op. cit., str. 73–74; Zulueta, F., op. cit., str. 56, bilj. 5.

66 Vidi više o inominatnom kontraktu *inspiciendum dare/datio ad experiendum* u: Guarino, A., Diritto Privato Romano, Napoli, Case Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1970, str. 954–956; Knellwolf, M., op. cit., str. 59; Misera, K., op. cit., str. 526–530; Stein, P., Fault in the formation of contract in Roman law and Scots law, Edinburgh, University of Aberdeen, 1958, str. 14; Zhang, L., loc. cit.

67 Usp. Arangio-Ruiz, V., La compravendita in diritto romano, Napoli, seconda edizione, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1954, str. 274; Seckel, E. i Levy, E., Die Gefahrtragung beim Kauf im klassischen römischen Recht, ZSS, vol. 47, 1927, str. 163; Peters, E., op. cit., str. 141.

68 Lardeur, G., op. cit., str. 90; Bufnoir, C., Théorie de la condition dans les divers actes juridiques, suivant le droit romain, Paris, Cotillon, 1866, str. 460.

69 Djeluje kako je Lardeuru najispravnije rješenje da je činjenično stanje bliže odgovnom uvjetu, jer prodavatelj ne može tražiti cijenu, već samo najamninu, odnosno naknadu koja je bila

djelima Diaz Rodriguez, Misere i Thomasa.⁷⁰

Po Knellwolflu, u izvoru je opisana Ulpijanova dvojbena je li sporazum stranaka kupoprodaja s dodanim uglavkom *pactum displicentiae* ili inominantni ugovor besplatnog davanja na probu.⁷¹ U tom kontekstu, nužno je utvrditi jesu li stranke namjeravale sklopiti kupoprodaju u vrijeme kada su ugovarale pokus. Ako su namjeravale sklopiti ugovor, utoliko su morale njegovu djelotvornost uvjetovati, odnosno odgoditi dok kupac ne izrazi svoje zadovoljstvo s mulama.⁷² Odgovor na postavljeno pitanje je po Knellwolflu ovisan o tipizaciji ugovora; je li riječ o tipičnom pravnom poslu kupoprodaje mula usmjerenom na stjecanje dobiti ili je riječ o prijateljskom dogovoru između poznanika.⁷³

Ako je riječ o prijateljskom dogovoru, tada bi naglasak trebao biti na ispitivanju mula, što je bliže tezi o *inspiciendum dare*. Besplatni sporazum o testiranju težio bi zadovoljstvu kupca, a rizik bi i dalje ostao na prodavatelju. Kad bi paragraf opisivao pravni posao sklopljen između trgovca i potrošača, djeluje kako bi prodavatelj zahtijevao sigurnost u obliku obvezivanja potencijalnog kupca i mogućeg snošenja rizika. Kako su u izvoru uređene posljedice zadovoljstva i nezadovoljstva, djeluje uvjerljivim tumačenje da je riječ o naplatnom pravnom poslu sklopljenom između profesionalnog trgovca i potrošača, gdje su stranke detaljno regulirale prava i obveze. Istu tezu potkrepljuje i činjenica kako su stranke ugovorile rok, ali neizravno u obvezi plaćanja najamnine.⁷⁴ U prilog tumačenju o kupoprodaji sklopljenoj na tržištu, usmjerenom na stjecanje dobiti navodi položaj izvora u Digestama. Principij govori o tome da je profesionalni jahač kupuje konja, a drugi paragraf o povratku srebrnih pladnjeva koje je trgovac dao kupcu na pregled.⁷⁵ Iz svega navedenog, djeluje kako izvor obrađuje pitanje kupoprodaje na pokus s dodanim uglavkom *pactum displicentiae*, jer svi elementi navode na kupoprodaju ovisnu o uvjetu nezadovoljstva, koja je bila u primjeni kod kupoprodaja robova i teglećih životinja sklopljenih na

ugovorena ako se kupcu mule ne svide. Lardeur, G., op. cit., str. 90.

70 Diaz Rodriguez, E., op. cit., str. 195–99; Misera, K., op. cit., str. 545; Thomas, J. A. C., op. cit., str. 119.

71 Knellwolf, M., op. cit., str. 90. Više o *inspiciendum dare* vidi supra, bilješka 66.

72 loc. cit.

73 Sličnu dvojbenu vidi supra, u poglavlju o kupnji konja na pokus.

74 Ugovaranje najamnine za svaki dan korištenja zbog nezadovoljstva mulama djeluje kao posredan oblik formuliranja roka jer sili kupca da što ranije iznese konačnu odluku. Ako mu se mule ne svide, u interesu mu je javiti prodavatelju što ranije, kako ne bi plaćao najminu duže nego što je potrebno. Opisani sporazum ukazuje na volju stranaka da uređuju međusobni odnos te na viši stupanj interesa za ispunjavanje preuzetih obveza. Knellwolf, M., op. cit., str. 90 i sl.

75 U D. 19,5,20,2 (*Ulpianus libro 32 ad edictum*) obrađuje se pitanje kupnje srebrnih tanjura koje je obrtnik donio i ostavio kupcu. Kupac nije bio zadovoljan s tanjurima te ih je poslao natrag po robu, pri čemu je tanjur nestao bez njegove namjere ili nepažnje. Ulpijan zaključuje kako će rizik ići na teret obrtnika jer je u njegovu korist tanjur poslan. Nakon toga, Ulpijan citira Labeona koji kaže, ako je do štete došlo zbog krivnje onih kojima se stvar daje na čuvanje i prijenos, za nju mora odgovarati osoba koja je poslala stvar te zaključuje da se u tom slučaju može koristiti *actio praescriptis verbis*, ista tužba koja se navodi i u principiju i prvom paragrafu fragmenta. Vidi više u: Misera, K., op. cit., str. 552 i sl.; Nörr, D., Die Entwicklung des Utilitätsgedankens im römischen Haftungsrecht, ZSS, vol. 73, 1956, str. 90–91; Peters, F., op. cit., str. 129–130; Zhang, L., op. cit., str. 124.

tržnici, usmjerenih stjecanju dobiti.⁷⁶

Stajalište je autora kako je za tumačenje pravne naravi odnosa stranaka važan odnos termina koji koriste Mela i Ulpijan. Melin pojam *emptio futura* usporediv je s Ulpijanovom frazom *emptio nondum perfecta*, kao što je i *emptio contracta, facta* usporedivo s *emptio perfecta*. Ulpijanovo ispravljanje Mele, odnosno oprezno korištena terminologija ukazuje na opasnosti tumačenja snošenja rizika u slučaju uvjetovane kupnje koja jest ili će tek biti *emptio pura*.⁷⁷ Ako se pođe od teze da je raskidno uvjetovana kupoprodaja *emptio perfecta*,⁷⁸ to znači da je ugovor o kupoprodaji proizveo sve pravne učinke do kupčevog izražavanja nezadovoljstva i on snosi sav rizik kao vlasnik. Suprotno tomu, kod odgovodno uvjetne kupnje ugovor još uvijek nije perfektan, a rizik snosi prodavatelj.⁷⁹

Flume je za Melin pojam *emptio futura* dao tumačenje kako je riječ o nazivu za kupoprodaju koja je, kao rezultat (odgovodnog) uvjeta, u posebnom pravnom stanju.⁸⁰ Knellwof smatra kako razlika u uporabi riječi između Mele i Ulpijana ne mora nužno biti isključivo stilska, već je moguće kako donosi različite posljedice.⁸¹ *Emptio futura* kupnja je koja će postati djelotvorna ovisno o volji kupca. Pojam se može vrlo široko tumačiti te uključuje obvezujuću ponudu, stadij pregovora stranaka, ali i postojeći ugovor o kupoprodaji koji je uvjetovan te zbog toga još uvijek nije stekao svojstvo perfektnosti.⁸² Ako ugovor u opisanom izvoru nije sklopljen, izgledno je da postoji volja i određeni oblik dogovora među strankama, što je izraženo sporazumom o naknadi za svaki dan korištenja mulama. Djeluje kako *emptio nondum perfecta* koji predlaže Ulpijan jasnije opisuje stadij u kojem se stranke nalaze.

Može se promišljati kako se Mela odlučio za tumačenje činjeničnog stanja s mulama kao *emptio futura* jer je dvojio jesu li stranke postigle dogovor o bitnim sastojcima ugovora ili su ugovor odgovodno uvjetovale pa nije proizveo nikakav učinak. Problem kod prvog pristupa oglada se u činjenici kako su stranke ipak izašle iz sfere predugovornih radnji i svoj su sporazum pokušale postaviti u pravno obvezujuću

76 Knellwof, M., op. cit., str. 90 i sl. Usp. Sukačić, M., op. cit., str. 64–65 i ostalim jedinicama literature iz bilješke 3.

77 Knellwof, M., ibid., str. 88 i sl.; Misera, K., op. cit., str. 537–547.

78 Odnosno, riječ je o opisu raskidnih uvjeta kao *emptio perfecta, quod sub condicione resolvitur*. Usp. s jedinicama literature navedenim u bilješci 2.

79 Tumačenje proizlazi iz D. 18,6,8 (*Paulus libro 33 ad edictum*): ... *necessario sciendum est, quando perfecta sit emptio...quod si sub condicione res venierit, si quidem defecerit condicio, nulla est emptio* ... Vidi detaljnije o načelu *periculum est emptoris*, u: Haymann, F., Zur Klassizität des *periculum emptoris*, ZSS, vol. 48, 1928, str. 314–419; McCormack, G., Alfenus Varus and the Law of Risk in Sale, Law Quarterly Review, vol. 101, 1985, str. 573–587; Peters, F., *Periculum est emptoris*, u: Benöhr, H. P. i dr. (ur.), *Iuris Professio, Festgabe für Max Kaser*, Wien, Böhlau, 1986, str. 221–232; Rabel, E., *Gefahrtragung beim Kauf*, ZSS, vol. 42, 1921, str. 543–565; Yaron, R., *Remarks on Consensual Sale (with Special Attention to Periculum Emptoris)*, Roman Legal Tradition, vol. 2, 2004, str. 59–76; Zimmermann, R., op. cit., str. 28–292.

80 Stajalište autora je kako se autor referirao na vrijeme pendencije. Usp: Flume, W., *Der Bedingte Rechtsakt nach den Vorstellungen der römischen Klassiker*, ZSS, vol. 92, 1975, str. 69–129; Misera, K., op. cit., str. 546.

81 Knellwof, M., op. cit., str. 10–11.

82 loc. cit.

okvir. U tom smislu, ugovorile su pravnu posljedicu nezadovoljstva mulama kao obvezu plaćanja najamnine za svaki dan korištenja. Sve navedeno može se uzeti kao razlog zbog kojeg Ulpijan govori o *emptio nondum perfecta*, umjesto Melinog *emptio futura*. Ulpijan stoga oprezno tvrdi kako je prvo rješenje da je ugovor o kupoprodaji sklopljen, ali još uvijek nije perfektan jer je njegovo djelovanje odgođeno. Drugo rješenje kod oba pravnika djeluje istovjetnim. Melin *emptio iam contracta* i Ulpijanov *emptio perfecta* navode na raskidne uvjete, shodno tumačenju raskidnih uvjeta kao sklopljenih perfektnih ugovora, koji će se moći raskinuti po uvjetu. Zaključno, djeluje kako je prikriveno rješenje kod oba pravnika dvojba između odgodno⁸³ i raskidno⁸⁴ uvjetovanog kupoprodajnog ugovora.

4. ZAKLJUČAK

Analizom izraženih mišljenja Labeona i Ulpijana i prikazanih stajališta romanista, dolazimo do zaključka kako postoje tri veće grupe tumačenja činjeničnog stanja prikazanog u D. 19,5,20pr. (*Ulpianus libro 32 ad edictum*). Prvo je tumačenje kupnja na pokus u obliku odgodnog uvjeta gdje je ugovor između desultora i prodavatelja bio sklopljen, ali nije proizveo nikakav pravni učinak do završetka testiranja. Ulpijan daje prijedlog *actio praescriptis verbis* jer nije moguće koristiti tužbu iz kupoprodaje, koja po njemu još uvijek nije stekla svojstvo perfektnosti. Drugo je tumačenje o raskidnom uglavku *pactum displicentiae*, gdje principij ne govori o potencijalnom, budućem ugovoru, već o sklopljenoj, perfektnoj kupoprodaji koju će kupac moći raskinuti nakon pokusa konja. Raskidnost je naglašena u primjeni glagola *displicere* jer se ugovor može raskinuti ako se kupcu stvar ne sviđa te navođenju *actio venditi*. Treće je tumačenje negiranje uvjeta u činjeničnom stanju te tako principij navodi namjeru stranaka sklopiti ugovor i pokus predmeta, pa je zamjetno ukazivanje na *datio ad experiendum/inspiciendum dare*.

Upitno je može li se iz činjeničnog supstrata donijeti valjan zaključak jer je opis iznimno kratak. Stajalište je autora kako su Labeon i Ulpijan tumačili odnos desultora i prodavatelja kao kupoprodaju *si displicuisset, res inempta sit*, to jest uglavak *pactum displicentiae*. Ako Labeon i kasnije Ulpijan nisu raspravljali o kupnji na pokus, utoliko ne bi govorili o nezadovoljstvu konjima kao okolnosti koja odlučuje o egzistenciji ugovora. Djeluje kako Labeon uglavku daje raskidni, a Ulpijan odgodni učinak, što temeljimo na predloženim tužbama.

Usporedno, Melina i Ulpijanova distinkcija iz prvog paragrafa D. 19,5,20 na prvi se pogled razlikuju. Meli je istaknuo pitanje jesu li stranke postigle sporazum ili su

83 Na primjer; ako ti se mule sviđe u određenom razdoblju, kupit ćeš ih za (toliko) zlatnika. Sličan prikaz kupnje na pokus u obliku odgodnog uvjeta vidljiv je u Justinijanovim Institucijama Inst. 3,23,4. Više o navedenom izvoru vidi u: Diaz Rodriguez, E., op. cit., str. 214–216; Lardeur, G., op. cit., str. 12–17; Misera, K., op. cit., str. 559; Peters, F., op. cit., str. 122–124; Zimmermann, R., op. cit., str. 740.

84 Na primjer, kupio si mule, ali ako ti se ne sviđe u određenom razdoblju, možeš ih vratiti. Prikazan oblik kupnje na pokus u obliku raskidnog uvjeta može se usporediti opisom iz D. 18,5,6 (*Paulus libro secundo ad edictum*). Više o fragmentu vidi u literaturi navedenoj u bilješki 63.

još uvijek u neobvezujućim pregovorima, iz čega proizlazi distinkcija na *emptio iam contracta* i *emptio futura*. Stajalište je Ulpijana o postojanju sporazuma te je njegovo tumačenje kako su stranke definirale pravni okvir međusobnog odnosa. Distinkcija *emptio perfecta* i *emptio nondum perfecta* izražava Ulpijanovu dvojbu o tome je li kupoprodaja za vrijeme krađe mula već proizvodila pravne učinke ili ne. Djeluje kako bi se Melin *emptio futura* osim tumačenja o predugovornim radnjama mogao odnositi na odgodne uvjete, dok bi se *emptio iam contracta* mogao odnositi na raskidne uvjete, dakle perfektne pravne poslove koji se mogu raskinuti po uvjetu nezadovoljstva. Ulpijanova dvojba snažnije naglašava raspravu o odgodnim i raskidnim uvjetima. *Emptio perfecta* djeluje na tragu raskidnih uvjeta, dok *emptio nondum perfecta* uz prijedlog pravnog sredstva kao u primjeru s desultorom, dakle *actio praescriptis verbis* djeluje kao izričita poveznica na odgodne uvjete.

Prema svemu rečenom, stajalište je autora da je Ulpijan u činjeničnim stanjima s desultorom i mulama htio prikazati odgodne i raskidne uvjete i probleme njihova različitog tumačenja te je kao primjer uzeo kupnje na pokus iz djela Labeona i Mele. Nesporno je da ni jedan od citiranih pravnika ne spominje izričito *condicio*, što je doprinijelo tumačenju kako *pactum displicentiae* nije uvjet već pravo na raskid ugovora. Mišljenje je autora kako bi citirani izvori mogli potvrditi kako je sadržajno riječ o uvjetu, jer opstanak kupoprodaje u oba primjera ovisi o (uvjetnoj) okolnosti nesviđanja objektima *displicuissent*, koja se kao formulacija veže za uglavak *pactum displicentiae*. Slijedom navedenoga, autor zaključuje kako prikazani izvori potvrđuju raspravu među rimskim pravnicima o raskidnom i odgodnom obliku kupnje na pokus, koja je u rimskoj pravnoj tradiciji nazvana *pactum displicentiae*, neovisno o činjenici što nije izravno opisana kao uvjet *condicio*.

LITERATURA

1. Arangio-Ruiz, Vincenzo, *La compravendita in diritto romano*, seconda edizione, Napoli, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1954.
2. Babusiaux, Ulrike, *Id quod actum est*, München, C. H. Beck, 2006.
3. Bechmann, August, *Der Kauf nach Gemeinem Recht*, vol. II, Erlangen, Verlag Von Andreas Deichert, 1884.
4. Berger, Adolf, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia, The American Philosophical Society, 1953.
5. Beseler, Gerhard, *Romanistische Studien*, ZSS, vol. 54, 1934., str. 1–35
6. Betti, Emilio, "Periculum" problema del risicchio contrattuale in diritto romano classico e giustineo, *Studi in onore di Pietro de Francisci*, I, Milano, Multa Paucis, 1956.
7. Biondi, Biondo, *Contratto e stipulato*, Milano, Multa Paucis Ag, 1953.
8. Buckland, William Warwick, *A Textbook of Roman Law from Augustus to Justinian*, Cambridge, University Press, 1921.
9. Bufnoir, Claude, *Théorie de la condition dans les divers actes juridiques, suivant le droit romain*, Paris, Cotillon, 1866.
10. De Francisci, Pietro, *Pavia, Synallagma*, vol. 1, Multa Paucis, 1913.
11. Diaz Rodriguez, Emma, *Antecedentes históricos del art. 1.453 del Código civil español*, *Revue internationale des droits de l'antiquité*, vol. 45, 1998., str. 634–637
12. Diaz Rodriguez, Emma, *De la noción de contrato al pactum displicentiae en derecho romano*, Oviedo, Universidad de Oviedo, 1998.

13. D'Ors, Alvaro, Una nota sobre la contractualización de las entregas a prueba en Derecho romano, *Anuario de historia del derecho español*, vol. 45, 1975., str. 595–603
14. Effer-Uhe, Daniel Oliver, *Die Wirkung der condicio im römischen Recht*, Baden-Baden, Nomos, 2008.
15. Ferrini, Contardo, *Opere 5 Studi Vari di diritto romano e moderno*, Milano, Ulrico Hoepli, 1930.
16. Ferrini, Contardo, *Opere di Contardo Ferrini*, Tome 3, Milano, Ulrico Hoepli, 1929.
17. Flume, Werner, *Der Bedingte Rechtsakt nach den Vorstellungen der römischen Klassiker*, ZSS, vol. 92, 1975., str. 69–129
18. Flume, Werner, *Die Aufhebungsabreden beim Kauf - Lex commissoria, in diem addictio und sogenanntes pactum displicentiae - und die Bedingung nach der Lehre der römischen Klassiker*, u: Medicus, Dieter. i Seiler, Hans (ur.), *Festschrift für Max Kaser zum 70. Geburtstag*, München, 1976., str. 309–327
19. Frier, Bruce, *Roman Law and the Wine Trade: The problem of "Vinegar Sold as Wine"*, ZSSvol. 100, 1983., str. 275–295
20. Guarino, Antonio, *Diritto Privato Romano*, Napoli, Case Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1970.
21. Hackl, Karl, *Der Sakramentsprozeß über Herrschaftsrechte und die in iure cessio*, ZSS, vol. 106, 1989., str. 152–180
22. Harder, Manfred, *Weinkauf und Weinprobe im römischen Recht*, u: Lutter, M. i dr. (ur.), *Festschrift für Johannes Bärmann zum 70. Geburtstag*, München, C.H. Beck, 1975., str. 17–30
23. Haymann, Franz, *Zur Klassizität des periculum emptoris*, ZSS, vol. 48, 1928., str. 314–419
24. Henle, Rudolf, *Die rechtliche Natur der in diem addictio beim Kaufvertrage*, u: *Festschrift Paul Koschaker II*, Weimar, H. Boehlaus, 1939., str. 169–192.
25. Heumann, Hermann i Seckel, Emil, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, Jena, Verlag von Gustav Fisher, 1891.
26. Horak, Franz, *Rationes Decidendi*, I. Band, Aalen, Scientia Verlag, 1969.
27. Impallomeni, Gimabattista, *L'eddito degli edili curuli*, Padova, Cedam, 1955.
28. Jakab, Eva, *Riskomanagement beim Wienkauf, Periculum und Praxis im Imperium Romanum*, München, C.H. Beck, 2009.
29. Karlović, Tomislav, *Liber casuum, Priručnik za vježbe iz rimskog obveznog prava*, Zagreb, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, 2017.
30. Kaser, Max, *Das Römische Privatrecht*, vol. I, München, C.H. Beck, 1971.
31. Kaser, Max, *Die actio furti des Verkäufers*, ZSS, vol. 96, 1979., str. 89–128
32. Kaser, Max, *Oportere und ius*, ZSS, vol. 83, 1966., str. 1–46
33. Knellwof, Markus, *Zur Konstruktion des Kaufes auf Probe, Die Gefallensbedingung und ihr Verhältnis zu Wollensbedingung, Resolutivbedingung und Rücktrittsrecht*, doktorska disertacija, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, 1987.
34. Knütel, Rolf, *Kauf und Pacht bei Abzahlungsgeschäften im römischen Recht*, u: Medicus, Dieter i dr. (ur.), *Max Kaser zum 65. Geburtstag gewidmet von seinen Hamburger Schülern*, Berlin, Duncker & Humblot, 1973., str. 33–56
35. Kretschmar, Paul, *Das Nexum und sein Verhältnis zum Mancipium*, ZSS, vol. 29, 1908., str. 227–282
36. Kretschmar, Paul, *Kritik der Interpolationenkritik*, ZSS, vol. 59, 1939., str. 10–218
37. Ladan, Tomislav, *Sabrana djela – I/3 Publje Ovidije Nazon*, Zagreb, Signum, 2001.
38. Lardeur, Gustave, *Droit Romain: Du Pactum Displicentiae, Droit français: Du contrat d'édition en matière littéraire*, doktorska disertacija, Pariz, 1893., Bibliolife (republished), 2009.
39. Leifer, Franz, *Mancipium und auctoritas*, ZSS, vol. 56, 1936., str. 136–235
40. Leist, B. W., *Mancipation und Eigentumstradition*, Jena, Friedrich Frommann, 1865.

41. Lenel, Otto, Beiträge zur Kunde des Edicts und der Edictcommentare, ZSS, vol. 2, 1881., str. 14–83
42. Lenel, Otto, Paligenesia Iuris Civilis, vol. 1, Leipzig, Bernhard Tauchnitz, 1889.
43. Lenel, Otto, Paligenesia Iuris Civilis, vol. 2, Leipzig, Bernhard Tauchnitz, 1889.
44. Levy, Ernest, Zu den Rücktrittsvorhalten des Römischen Kaufs, Gesammelte Schriften, vol. 2, Köln, Böhlau, 1963., str. 261–286
45. Lewis, Charlton Thomas, An Elementary Latin Dictionary, New York, American Book Company, 1890.
46. Liebs, Detlef, Rechtsschulen und Rechtsunterricht im Prinzipat, u: Temporini, Hildegard (ur.), Aufstieg und Niedergang der römischen Welt, vol. II, 15, Berlin, New York, de Gruyter, 1976., str. 197–287
47. McCormack, Geoffrey, Alfenus Varus and the Law of Risk in Sale, Law Quarterly Review, vol. 101, 1985., str. 573–587
48. McCormick, Geoffrey, Recenzija Frank Peters, Die Rücktrittsvorhalte des Romischen Kaufrechts, Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis, vol. 43, 3-4/1975, str. 321–323
49. Mackintosh, James, The Roman Law of Sale with modern illustrations, Edinburgh, T & T Clark, 1907.
50. Marević, Jozo, Latinsko-hrvatski enciklopedijski rječnik, I, Zagreb, Matica hrvatska, 2000.
51. Michel, J. H., L'influence de la lex venditionis sur la règles du contrat de vente, Revue internationale des droits de l'antiquité, vol. 13, 1966., str. 325–340
52. Misera, Karlheinz, Der Kauf auf Probe, u: Temporini, H. i Haase, W. (ur.), Aufstieg und Niedergang der römischen Welt, vol. II, 14, Berlin, New York, de Gruyter, 1982., str. 525–582
53. Mommsen, Theodor, Mancipium, manceps, praes, praedium, ZSS, vol. 23, 1902., str. 438–441
54. Monier, Raymond, Manuel Élémentaire de Droit Romain, Tome II (Les Obligations), Pariz, Éditions Domat Montchrestien, 1948.
55. Niederländer, Hubert, Die Entwicklung des furtum und seine etymologischen Ableitungen, ZSS, vol. 67, 1950., str. 185–260
56. Nörr, Dietrich, Die Entwicklung des Utilitätsgedankens im römischen Haftungsrecht, ZSS, vol. 73, 1956., str. 68–120
57. Olszak, Norbert, Emptio ad gustum: La vente a la degustation, de l'antiquite a l'article 1587 du Code Civil, Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis, vol. 58, 4/1990., str. 361–387
58. Perello, Carlos Felipe Amunátegui, Problems concerning Mancipatio, Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis, vol. 80, 3–4/2012, str. 329–352
59. Peters, Frank, Die Rücktrittsvorhalte des Römischen Kaufrechts, Wien, Böhlau Verlag, 1973.
60. Peters, Frank, Periculum est emptoris, u: Benöhr, H. P. i dr. (ur.), Iuris Professio, Festgabe für Max Kaser, Wien, Böhlau, 1986., str. 221–232
61. Petranović, Anamari, Položaj kupca u pravnom režimu rimske kupoprodaje, doktorska disertacija, Zagreb, Pravni fakultet Zagreb, 1996.
62. Petranović, Anamari, Uvjetovani konsenzus i rimska uvjetna kupoprodaja, Rijeka, ZPFR, vol. 28, 2/2007, str. 1219–1238
63. Pflüger, H., Simplex sigillum veri, ZSS, vol. 63, 1943., str. 301–314
64. Pókecz Kovács, Attila, Rücktrittsvorbehalt und pactum displicentiae (Ulp. D.19.5.20pr.), Revue internationale des droits de l'antiquite, vol. 58, 2011., str. 315–338
65. Pringsheim, Fritz, The Decisive Moment for Aedilician liability, Heidelberg, Gesammelte Abhandlungen, Carl Winter, 1961.
66. Rabel, Ernst, Gefahrtragung beim Kauf, ZSS, vol. 42, 1921., str. 543–565
67. Rabel, Ernst, Nachgeformte Rechtsgeschäfte: Mit Beiträgen zu den Lehren von der Injurezession und vom Pfandrecht, ZSS, vol. 27, 1906., str. 290–336

68. Romac, Ante, *Izvori rimskog prava*, Zagreb, Informator, 1973.
69. Santoro, Raimondo, *Riflessioni sul contratto nel pensiero di Labeone*, *Annali del saminario Giuridico della Università di Palermo*, Palermo, vol. XXXVII, 1983.
70. Seckel, Emily i Levy, Ernst, *Die Gefahrtragung beim Kauf im klassischen römischen Recht*, *ZSS*, vol. 47, 1927., str. 117–263
71. Senarclens De, A., *La date de l'édit des édiles de mancipiis vendundis*, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, vol. 4, 4/1923, str. 384–400
72. Siber, Heinrich, *Römisches Privatrecht*, vol. II, Berlin, Hermann Sack, 1928.
73. Smith, William, *A Dictionary of Greek and Roman Antiquities*, Little, London, Brown and Company, 1875.
74. Stein, Peter, *Fault in the formation of contract in Roman law and Scots law*, Edinburgh, University of Aberdeen, 1958.
75. Sukačić, Marko, *Nevaljanost potestativnih uvjeta u korist obvezanika i pactum displicentiae*, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, vol. 69, 1/2019, str. 117–146
76. Sukačić, Marko, *Pactum displicentiae u rimskoj pravnoj tradiciji*, doktorska disertacija, Zagreb, 2018.
77. Talamanaca, Mario, *Istituzioni di Diritto Romano*, Milano, Dott. A. Giufre Editore, 1990.
78. Thomas, J. A. C., *Fictitious satisfaction and conditional sales in Roman law*, *Irish Jurist*, vol. 1, 1/1966, str. 11–127
79. Thomas, J. A. C., *Provisions for calling off a sale*, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, vol. 35, 4/1967, str. 557–572
80. Tomulescu, C., *Paul D. 18,1,1,pr. et la mancipatio*, *Revue internationale du droit d'auteur*, vol. 18, 1971., str. 711–722
81. Tuori, Kaius, *The Magic of Mancipatio*, *Revue Internationale des droits de l'Antiquité*, vol. 55, 2008., str. 499–521
82. Van Wetter, P., *Les obligations en droit romain*, Tome 2, Gand, Ad. Hoste, 1884.
83. Viard, Paul Emile, *Les pactes adjoints aux contrats en droit romain classique*, Pariz, Recueil Sirey, 1929.
84. Wacke, Andreas, *Dig. 19,5,20 pr.: Ein Siegespreis auf fremden Pferden Zur Gewinn-Ablieferungspflicht beim Kauf auf Probe*, *ZSS*, vol. 119, 2002., str. 359–379
85. Wacke, Andreas, *Europäische Spruchweisheiten über das Schenken*, u Zimmermann, R. (ur.), *Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik*, Heidelberg, C. F. Müller, 1999.
86. Watson, Alan, *The Imperatives of the Aedilician Edict*, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, vol. 73, 1971., str. 73–85
87. Wesel, Uwe, *Zur dinglichen Wirkung der Rücktrittsvorbehalte des römischen Kaufs*, *ZSS*, vol. 85, 1968., str. 128–131
88. Wieacker, Franz, *Lex Commissoria: Erfüllungszwang und Widerruf im Römischen Kaufrecht*, Berlin, Springer, 1932.
89. Windscheid, Bernhard i Kipp, Theodor, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, vol. 1, Frankfurt a. M., M. Rütten & Loening, 1900.
90. Wolf, Hans Julius, *Constitutive Effect of In Iure Cessio*, *Tulane Law Review*, vol. 33, 1958–1959., str. 525–541
91. Yaron, Reuven, *Remarks on Consensual Sale (with Special Attention to Periculum Emptoris)*, *Roman Legal Tradition*, vol. 2, 2004., str. 59–76
92. Yaron, Reuven, *Sale of Wine*, u: Daube, D. (ur.), *Studies in the Roman Law of Sale*, Oxford, Clarendon Press, 1959., str. 71–78
93. Zhang, Lihong, *Contratti inominati nel diritto romano*, Milano, Dott. A. Giuffrè, 2007.
94. Zimmermann, Reinhard, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian tradition*, Oxford, Oxford University Press, 1996.
95. Zulueta, Francis, *The Roman law of Sale, Introduction and select texts*, Oxford, University Press, 1945.

Marko Sukačić*

Summary

**DUBIOUS LEGAL NATURE OF THE SALE ON APPROVAL
– OVERVIEW OF ROMANISTIC THEORIES OF
D.19,5,20PR.-1 (ULPIANUS LIBRO 32 AD EDICTUM)**

The paper deals with the sale on approval of horses and mules shown in D.19,5,20 pr.- 1 (*Ulpianus libro 32 ad edictum*) and the existing theories on the legal position of the parties in the source. The first part of the paper sets out principium of D.19,5,20, where Ulpian quotes Labeo, and his description of the sale on approval of horses, concluded between the seller and the acrobatic rider – desultor, with a detailed analysis of the interpretations of relevant romanists. The principium is analyzed with the reference to dominant theories: theses on the suspensive and/or resolutive condition *pactum displicentiae*, on the innominate contract, and on pre-contractual acts. This is followed by an analysis of Ulpian's sequel in the first paragraph of D.19,5,20 with a quotation of Mela, where he describes the sale on approval of mules, which are stolen during the test period, with Ulpian's quote of Mela's dilemma and of comparison with his own. Next part of the paper contains theories and interpretations of the legal nature of the relationship between the parties and the stage of contract. In conclusion, author presents his own position on the both presented situations, the legal nature of the relationship between the parties, and finally on the legal problem raised by Ulpian in the cited sources.

Keywords: *sale on approval; pactum displicentiae; actio praescriptis verbis; condition; Roman law.*

Zusammenfassung

**DIE FRAGWÜRDIGE RECHTSNATUR DES PROBEKAUFS
– ÜBERSICHT ROMANISTISCHER THEORIEN ÜBER
D.19,5,20PR.-1 (ULPIANUS LIBRO 32 AD EDICTUM)**

In diesem Beitrag wird der Probekauf von Pferden und Maultieren, welche in D.19,5,20pr.-1 (*Ulpianus libro 32 ad edictum*) dargestellt wird, besprochen. Ebenfalls werden romanistische Theorien über die rechtliche Position der Parteien

* Marko Sukačić, Ph.D., Postdoctoral Researcher, Faculty of Law, Josip Juraj Strossmayer University of Osijek; msukacic@pravos.hr.

in der genannten Quelle analysiert. Im ersten Teil des Beitrags wird das Principium D.19,5,20 besprochen, wo Ulpian den frühklassizistischen Jurist Labeon und seine Beschreibung des Probekaufs eines Pferds zwischen dem Verkäufer und dem akrobatischen Reiter – *desultor* zitiert. Diesbezüglich werden die Auslegungen von relevanten Romanisten detailliert analysiert. Das Principium wird unter Bezugnahme vorherrschender Theorien analysiert: Thesen über aufschiebende und / oder auflösende Bedingung *pactum displicentiae*, über Innominatkontrakte und über vorvertragliche Handlungen. Darauf folgt eine Analyse von Ulpians Fortsetzung im ersten Absatz von D.19,5,20 mit einem Zitat von Mela, in dem er den Verkauf von Maultieren, die während des Testzeitraums gestohlen wurden, beschreibt, und das Dilemma Melas mit seinem eigenen vergleicht. Der nächste Teil des Beitrags enthält Theorien und Interpretationen der rechtlichen Natur der Beziehung zwischen dem Verkäufer und Käufer und der Vertragsstufe. Abschließend erläutert der Autor seine eigene Meinung zu den beiden dargestellten Situationen, der Rechtsnatur der Beziehungen zwischen den Parteien und dem von Ulpian in den zitierten Quellen angesprochenen Rechtsproblem.

Schlüsselwörter: *Probekauf; pactum displicentiae; actio praescriptis verbis; Bedingung; römisches Recht.*

Riassunto

L'INCERTA NATURA GIURIDICA DELL'ACQUISTO A PROVA – RASSEGNA DELLE TEORIE DI DIRITTO ROMANO SU D.19,5,20PR.-1 (ULPIANUS LIBRO 32 AD EDICTUM)

Nel lavoro si tratta dell'acquisto a prova di cavalli e mule di cui nel D.19,5,20pr.-1 (*Ulpianus libro 32 ad edictum*), come anche delle esistenti teorie di diritto romano circa la posizione giuridica delle parti nelle fattispecie descritte. Nella prima parte del contributo si espone il principio D.19,5,20 nel quale Ulpiano cita il giurista del primo periodo classico Labeo e la sua descrizione dell'acquisto a prova del cavallo tra il venditore ed il fantino acrobatico - *desultor*, con una dettagliata analisi dell'interpretazione degli studiosi romanisti più rilevanti. Il principio è analizzato in base alle predominanti teorie nella romanistica: le tesi sulla condizione sospensiva e/o risolutiva *pactum displicentiae*, sul contratto innominato e sulle attività precontrattuali. Segue l'analisi della prosecuzione di Ulpiano nel primo paragrafo D.19,5,20 con la citazione di Mela, dove descrive l'acquisto a prova di mule, che nel periodo di prova vennero rubate, riportando il dubbio avanzato da Mela e comparandolo al proprio. Tutto ciò considerato, si disaminano le interpretazioni romaniste circa la natura giuridica del rapporto tra l'acquirente ed il venditore ed il grado di conclusione del contratto. In chiusura si espone il proprio pensiero circa entrambe le fattispecie, la

natura giuridica del rapporto tra le parti e finalmente circa la questione giuridica sollevata da Ulpiano nelle fonti citate.

Parole chiave: *acquisto a prova; pactum displicentiae; actio praescriptis verbis; condizione; diritto romano.*

MIGRANTSKA KRIZA U EUROPSKOJ UNIJI – IZAZOVI, EUROPSKA SIGURNOST I ZAŠTITA TEMELJNIH PRAVA

Sanja Bježančević, mag. oec.*

UDK: 341.43(4)EU

<https://doi.org/10.30925/zpfsr.40.3.11>

Ur.: 24. svibnja 2019.

Pr.: 3. listopada 2019.

Pregledni rad

Sažetak

Europska je unija nastala na temeljima ekonomskih integracija, ali je s godinama širila područja svoje nadležnosti. Svoje ovlasti širile su i institucije Europske unije, a promicanje mira i europskih vrijednosti zajedničkih državama članicama te stvaranje prostora slobode, sigurnosti i pravde postali su temeljne vrijednosti i ciljevi Europske unije. Slijedom navedenog, velike su se promjene dogodile na području pravosuđa i unutarnjih poslova, odnosno na području politike azila. Neformalna suradnja sedamdesetih godina prerasla je u institucionalnu, a rezultirala je stvaranjem zajedničke politike azila EU-a. Vrhunac migrantske krize 2015. pokazao je sve nedostatke te politike i ukazao na nužnost reforme dotadašnjega zajedničkog sustava azila. Rad donosi pregled stvaranja zajedničke politike azila EU-a te izazove s kojima se EU susreo zbog najvećega migrantskog vala iz bliskoistočnih zemalja i pokazuje utjecaj migracijskih kretanja prema EU-u posljednjih godina na percepciju njezinih građana o ključnim problemima EU-a. Analizom izvješća o stanju ljudskih prava na području EU-a te odnosom broja podnesenih zahtjeva za azilom u državama članicama EU-a i problemima koje građani EU navode kao ključne dokazuje se pretpostavka da znatni priljev migranata i povećanje broja zahtjeva za azilom u državama članicama utječe na prepoznavanje migracije kao ključnoga problema.

Ključne riječi: migracije; Europska unija; politika azila; zajednički sustav azila; temeljna prava.

1. UVOD

Iako nastala na temeljima ekonomskih integracija, Europska unija polako je širila područja svoje nadležnosti. Svoje su ovlasti širile i institucije Europske unije, a promicanje mira i europskih vrijednosti zajedničkih državama članicama te stvaranje prostora slobode, sigurnosti i pravde postali su temeljne vrijednosti i ciljevi Europske unije. Od njezina osnutka važne su se promjene dogodile na području

* Sanja Bježančević, mag. oec., Poljoprivredni institut Osijek; sanja.bjezancevic@gmail.com

pravosuđa i unutarnjih poslova, odnosno na području politike azila. Neformalna suradnja sedamdesetih godina prerasla je u institucionalnu, a rezultirala je stvaranjem zajedničkoga europskog sustava azila Europske unije. Vrhunac migrantske krize 2015. godine pokazao je sve nedostatke te politike, a Europsku uniju potaknuo je na trenutne reakcije kako bi, osim pružanja pomoći osobama u nevolji i poštovanja njihovih temeljnih prava, održala sigurnost svojih vanjskih granica. Kriza je pokazala nužnost reforme politike azila kao i nužnost zajedničkoga djelovanja država članica jer nisu bile u stanju samostalno upravljati izazovima koje je priljev migranata donio.

Cilj je rada pokazati utjecaj djelovanja Zajedničkoga europskog sustava azila na prepoznavanje ključnih problema EU-a iz položaja njezinih građana, odnosno utjecaj migracijskih kretanja prema EU-u posljednjih godina na percepciju o ključnim problemima koje prepoznaju EU građani, a time i utjecaj na temeljna prava migranata. Prvi dio rada stoga donosi pregled stvaranja zajedničke politike i sustava azila Europske unije te pravnih dokumenata koji definiraju uvjete prihvata i uvjete o postupcima azila, odnosno postupcima utvrđivanja osoba kojima je potrebna međunarodna zaštita. Razvoj politike azila i zajedničkog sustava azila Europske unije nakon 2015. godine prikazan je kroz akcije i poticaje koje je EU zbog velikoga migrantskog vala iz bliskoistočnih zemalja bio prisiljen poduzimati kako bi odgovorio na sve izazove s kojima se suočavao. Analizom izvješća o stanju ljudskih prava na području EU-a te odnosom broja podnesenih zahtjeva za azilom u državama članicama EU-a i problemima koje građani EU navode kao ključne želi se dokazati pretpostavka da značajniji priljev migranata i povećanje broja zahtjeva za azilom u državama članicama utječu na prepoznavanje migracije kao ključnog problema kod građana Europske unije. Pretpostavka je da nefunkcioniranje sustava azila možemo dovesti u vezu s percepcijom migracija kao ključnoga problema.

2. PROCES STVARANJA POLITIKE AZILA U EUROPSKOJ UNIJI

Cilj je zajedničke politike azila Europske unije ponuditi odgovarajući status te osigurati poštovanje načela zabrane prisilnog udaljenja ili vraćanja svakom državljaninu treće zemlje kojemu je potrebna međunarodna zaštita. Pravna osnova zajedničke politike azila nalazi se u člancima 78. i 80. Ugovora o funkcioniranju Europske unije¹ te u članku 18. Povelje Europske unije o temeljnim pravima.² Zajednička politika azila EU-a mora biti u skladu sa Ženevskom konvencijom od 28. srpnja 1951. godine te Protokolom od 31. siječnja 1967. o statusu izbjeglica kao i s drugim odgovarajućim ugovorima. Ipak, nastanku zajedničke politike azila EU-a prethodilo je nekoliko desetljeća neformalne suradnje koja je potom prerasla u suradnju na institucionalnoj razini, a stupanjem na snagu Ugovora iz Amsterdama, napravljen je ključan korak

1 Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community, SL C 306/1, 17.12.2007.

2 Člankom 18. Povelje jamči se pravo na azil uz poštovanje pravila iz Ženevske konvencije te Protokola od 31. siječnja 1967. o statusu izbjeglica u skladu s Ugovorom o Europskoj uniji i Ugovoru o funkcioniranju Europske unije, Povelja Europske unije o temeljnim pravima, SL C 83/02, 12.12.2007.

u stvaranju Zajedničkog europskog sustava azila (CEAS).³ Stoga ćemo za potrebe ovoga rada, proces stvaranja politike azila EU-a podijeliti u dvije etape. Prva se etapa odnosi na razdoblje do stupanja na snagu Ugovora iz Amsterdama te druga etapa koja slijedi nakon njegova stupanja na snagu i traje do danas.

Prva ozbiljnija suradnja na području pravosuđa i unutarnjih poslova u sklopu Europskih zajednica započela je međuvladinom suradnjom 1976. godine u Luxembourg. Radilo se o sastancima ministara pravosuđa i unutarnjih poslova okupljenih u grupi TREVI u čijem radu nisu sudjelovali predstavnici europskih institucija, a težnja takvog oblika organiziranja bila je podizanje razine sigurnosti Europskih zajednica.⁴ Na inicijativu Velike Britanije, 1986. godine unutar grupe TREVI utemeljena je *ad hoc* grupa koja se bavila pitanjima imigracije, a u rad su skupine bili uključeni i promatrači Europske komisije.⁵ Najvažniji je rezultat rada skupine konvencija kojom se određuje država odgovorna za razmatranje zahtjeva za azilom podnesenih u jednoj od država članica Europske unije ili Dublinska konvencija iz 1990. godine.⁶ Konvencija je bila prvi pravni instrument potpisan u cilju postizanja slobode kretanja osoba,⁷ što je bio imperativ za uspostavu unutarnjega tržišta. Nastala je kao rezultat pojačanih migracija u države članice EU-a osamdesetih godina prošloga stoljeća pa time i povećanoga broja zahtjeva za azilom. Kako države članice ovaj problem nisu mogle učinkovito samostalno riješiti, a koji je ujedno povećao pojavu otpora i straha među populacijama domaćina, vlade su bile prisiljene pronaći rješenje problema.⁸ Prema Dublinskoj konvenciji proces određivanja odgovornosti države članice započinje čim se zahtjev za azil prvi put podnese državi članici, a koja je država odgovorna uređeno je člancima 4. do 8. Konvencije. Ako nije riječ o spajanju obitelji ili posjedovanju boravišne dozvole ili vize, odgovornost je usmjerena prema državi članici prvoga ulaska na teritorij EU-a. Ako se ne može utvrditi država članica prvog ulaska, uzima se u obzir država članica gdje je zahtjev podnesen. Redoslijed odgovornosti država članica upravo je jedan od ključnih problema Zajedničkoga europskog sustava azila. Ipak, Konvencija je bila logičan slijed nakon potpisivanja Schengenskoga sporazuma 1985. godine čija je namjera ukidanje unutarnje granične kontrole između država članica.⁹

Ugovorom iz Maastrichta područje pravosuđa i unutarnjih poslova koje regulira

- 3 Dragović, F., *Sigurnost europskih granica i migracije*, Zagreb, Naklada Jesenski i Turk, 2018, str. 51.
- 4 *ibid.*, str. 49-50.
- 5 Stone Sweet, A., Sandholtz, W., Fligstein, N., *The Institutionalization of Europe*, New York, Oxford University Press, 2002, str. 197.
- 6 *Convention determining the State responsible for examining applications for asylum lodged in one of the Member States of the European Communities - Dublin Convention*, SL C 254, 19.8.1997.
- 7 *Vidi i Single European Act*, SL L 169/1, 29.6.1987.
- 8 O Dublinskoj konvenciji vidi detaljnije Marinho, C., Heinonen, M., *Dublin after Schengen: Allocating Responsibility for Examining Asylum Applications in Practice*, Maastricht, EIPASCOPE, vol. 3, 1998, str. 2-4.
- 9 O Schengenskom sporazumu vidi detaljnije Felbermayr, G., Gröschl, J., Steinwach, T., *The Trade Effects of Border Controls: Evidence from the European Schengen Agreement*, *Journal of Common Market Studies*, vol. 56, 2/2018, str. 335-351.

i politiku azila postalo je pitanje zajedničkog interesa država članica¹⁰ kao dio trećega stupa EU-a.¹¹ Ugovorom je izražena želja da se olakša sloboda kretanja osoba, ali je izravno povezana sa sigurnošću građana unošenjem u Ugovor odredbi o pravosuđu i unutarnjim poslovima.¹² Iako su zadržale svoje nadležnosti, države članice obvezale su se na međusobnu suradnju koja dugoročno nije rezultirala važnijim mjerama. Kako se broj zahtjeva za azilom nastavio povećavati,¹³ postalo je jasno da su nužne zajedničke mjere i djelovanje na području pravosuđa i unutarnjih poslova. Prvi je korak napravljen Ugovorom iz Amsterdama kojim su države članice nadležnost za spomenuta pitanja prenijele na tijela EU-a. Njegovim donošenjem dio sigurnosnih politika, uključujući i politiku azila, premješten je iz trećeg stupa u prvi stup EU. Ugovor iz Amsterdama¹⁴ bio je ključan korak u stvaranju zajedničke politike u području pravosuđa i unutarnjih poslova,¹⁵ a time i u stvaranju zajedničke politike azila.¹⁶ Uspostavi jedinstvenih procedura azila u državama članicama pridonijela su i tri važna programa. Prvi je od njih Tampere program trajao od 1999. do 2004. godine. Važan je po tome što je njime naglasak politike azila stavljen na razvijanje partnerstva sa zemljama iz kojih kreću migracije prema državama članicama EU-a kao i na usklađivanje procedura azila.¹⁷ Prvim petogodišnjim programom stvoren je okvir djelovanja europskih institucija u cilju stvaranja slobode, sigurnosti i pravde.¹⁸ Haški program¹⁹ nastavio se na prethodni i trajao je do 2009. godine, a naglasak programa je na nastavku suradnje uz poštivanje temeljnih prava i zaštitu izbjeglica. Od 2009. do 2014. godine Stockholmskim programom²⁰ donesene su preporuke tijelima EU-a koje će doprinijeti ostvarenju ciljeva uz naglasak na poštovanju temeljnih prava uz istodobno osiguranje sigurnosti,²¹ a donesen je nakon stupanja na snagu Ugovora iz Lisabona koji olakšava postizanje ciljeva navedenih u programu.²² Ugovor iz Lisabona zamijenio je utvrđivanje minimalnih standarda zajedničkim sustavom azila s jedinstvenim postupcima.²³ Ugovor je djelovao i na učinkovitost zajedničkih politika

10 Dragović, F., op. cit., str. 74.

11 O tri stupa Europske unije vidi detaljnije Omejec, J., Vijeće Europe i Europska unija institucionalni i pravni okvir, Zagreb, Novi informator, 2008, str. 97-106.

12 Dragović, F., op. cit., str. 74.

13 Lalić, G., Razvoj zajedničkog europskog sustava azila, Zagreb, Hrvatska javna uprava, vol. 7, 4/2007, str. 845-846.

14 Više o odredbama Ugovora iz Amsterdama koje uređuju politiku azila vidi u ibid., str. 846-848.

15 Dragović, F., op. cit., str. 75.

16 Vidi detaljnije Hatton, T. J., Asylum Policy in the EU: the Case for Deeper Integration, CESifo Economic Studies, vol. 61, 3-4/2015, str. 605-637.

17 Mikac, R. i Dragović, F., Masovne migracije: izazovi, posljedice i put naprijed, Zagreb, Forum za sigurnosne studije, vol. 1, 1/2017, str. 141-142.

18 Dragović, F., op. cit., str. 83.

19 Vidi detaljnije izvješće o provedbi Haškog programa u Europska komisija, Justice, Freedom and Security in Europe since 2005: An Evaluation of The Hague Programme and Action Plan, Brussels, COM (2009) 263 final, 10.6.2009.

20 The Stockholm Programme – An open and secure Europe serving and protecting citizens, SL C 115, 4.5.2010.

21 Mikac, R. i Dragović, F., loc. cit., str. 141-142.

22 Dragović, F., op. cit., str. 87.

23 Promjene koje u politiku azila Europske unije unosi Ugovor iz Lisabona vidi detaljnije

propisujući pravilo o donošenju odluka kvalificiranom većinom, a prostor slobode, sigurnosti i pravde dobio je pet poglavlja u novom Ugovoru. U tim su poglavljima definirane i mjere koje države članice moraju poduzeti kako bi mogli govoriti o zajedničkom sustavu azila EU-a. Posebno je istaknuto i načelo supsidijarnosti kao i ravnomjerne raspodjele odgovornosti između država članica.²⁴

Dublinski je sustav ustanovljen 1990. godine i dva puta je revidiran. Prvi put 2003. godine, a potom i 2013. godine.²⁵ Preinačena Direktiva o kvalifikaciji na snagu je stupila u siječnju 2012. godine, a drugi preinačeni zakonodavni akti Uredba Dublin III,²⁶ Direktiva o uvjetima prihvata²⁷ te Direktiva o postupcima azila²⁸ kao i Uredba o Eurodecu, u srpnju 2013. godine.²⁹ Glavni je cilj Direktive o kvalifikaciji³⁰ osigurati da države članice primjenjuju zajedničke kriterije za utvrđivanje osoba kojima je potrebna međunarodna zaštita te minimalnu razinu pogodnosti u svim državama članicama. Svaki zahtjev za međunarodnom zaštitom procjenjuje se zasebno, a uvjeti za dobivanje zaštite definirani su u poglavlju III. spomenute Direktive dok su uvjeti za dobivanje supsidijarne zaštite definirani u poglavlju V. Direktiva se u definiranju pojma izbjeglice priklanja definiciji Ženevske konvencije prema kojoj se izbjeglicom smatra osoba koja se ne nalazi u zemlji svoga državljanstva i koja se zbog osnovanog straha od proganjanja zbog svoje rase, vjere, nacionalnosti, pripadnosti određenoj društvenoj grupi ili političkog mišljenja ne može ili se zbog straha ne želi staviti pod zaštitu dotične države, odnosno osoba bez državljanstva koja se nalazi izvan zemlje prethodnog boravišta, a koja se ne može ili se zbog straha ne želi vratiti u tu državu.

Uredbom 516/2014 ustanovljen je Fond za azil, migracije i integracije za razdoblje od 1. siječnja 2014. do 31. prosinca 2020. godine, čiji je osnovni cilj doprinijeti razvoju zajedničke politike azila i jačanju područja slobode, sigurnosti i pravde uzimajući u obzir načelo solidarnosti te podjeli odgovornosti između država članica kao i suradnji s trećim zemljama.³¹ U strateškim smjernicama iz lipnja 2014.

-
- u Europski parlament, Informativni članak o Europskoj uniji – Politika azila, <<http://www.europarl.europa.eu/factsheets/hr/sheet/151/politika-azila>>, 27. travnja 2019.
- 24 Vidi članak 78. Ugovora o funkcioniranju Europske unije, SL C 306/1, 17.12.2007.
- 25 Vidi detaljnije Mikac, R. i Dragović, F., op. cit., str. 145.
- 26 Uredba (EU) br. 604/2013 Europskog parlamenta i Vijeća od 26. lipnja 2013. o utvrđivanju kriterija i mehanizama za određivanje države članice odgovorne za razmatranje zahtjeva za međunarodnu zaštitu koji je u jednoj od država članica podnio državljani treće zemlje ili osoba bez državljanstva (preinaka), SL L 180/31, 29.6.2013.
- 27 Direktiva 2013/33/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 26. lipnja 2013. o utvrđivanju standarda za prihvata podnositelja zahtjeva za međunarodnu zaštitu (preinaka), SL L 180/96, 29.6.2013.
- 28 Direktiva 2013/32/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 26. lipnja 2013. o zajedničkim postupcima za priznavanje i oduzimanje međunarodne zaštite (preinačena), SL L 180/60, 29.6.2013.
- 29 Vidi detaljnije Informativni članak o Europskoj uniji – Politika azila, loc. cit. (vidi bilješku 23).
- 30 O uvjetima vidi detaljnije Directive 2011/95/EU of the European Parliament and of the Council of 13 December 2011 on standards for the qualification of third-country nationals or stateless persons as beneficiaries of international protection, for a uniform status for refugees or for persons eligible for subsidiary protection, and for the content of the protection granted (recast), SL L 337/9, 20.12.2011.
- 31 Uredba (EU) br. 516/2014 Europskog parlamenta i Vijeća od 16. travnja 2014. o uspostavi

Europsko vijeće kao jedan od ključnih ciljeva ističe izgradnju područja slobode sigurnosti i pravde uz poštovanje temeljnih prava. Za to je potrebno poduzeti dosljedne mjere, između ostalog, i u pogledu azila, imigracije te policijske suradnje. Kao nužnost se navodi učinkovita i dobro vođena politika migracija, azila i granica, koja se temelji na načelima solidarnosti i pravedne podjele odgovornosti u skladu s člankom 80. UFEU-a.³² Usporedno s velikom migrantskim valom iz bliskoistočnih zemalja u svibnju 2015. godine Europska je komisija izdala prijedlog mjera za rješavanje izazova koje je donijela migrantska kriza. Europski migracijski program tako je,³³ kao rezultat migrantske krize, osim prijedloga mjera njezina ublažavanja, donio i prijedloge reforme zajedničkoga sustava azila.

3. MIGRANTSKA KRIZA 2015., IZAZOVI I DALJNI RAZVOJ ZAJEDNIČKE POLITIKE AZILA

Migrantska kriza svoje ishodište ima u Arapskom proljeću, ali migracije iz arapskog dijela Mediterana bile su i prije događaja 2011. godine. Područja iz kojih izbjeglice dolaze u Europu većinom su zahvaćena ratnim sukobima i nemirima na koje međunarodna zajednica nema odgovor niti nudi konkretna rješenja. Znatno broj ljudi u tim područjima živi u siromaštvu, bez osnovnih životnih i sigurnosnih uvjeta. Glavni motivi za napuštanje domicilne zemlje su sukobi i nasilje. Ponajprije u Siriji gdje sukobi traju od ožujka 2011. godine,³⁴ ali i u Iraku, Afganistanu, Somaliji, Južnom Sudanu i drugim zemljama gdje ugrožavaju živote milijuna civila.³⁵ Svim zemljama iz kojih kreće migrantski val zajednička je velika nezaposlenost mlađeg stanovništva, ali i tehnološko zaostajanje za državama članicama EU-a i spor gospodarski razvoj. Dio je odgovornosti za pokretanje migracija ovih razmjera i na zapadnim saveznicima i intervencijama u cilju slamanja diktatorskih režima u tim zemljama.³⁶ Stanje u bliskoistočnim zemljama dodatno je pogoršano nakon 2008. godine i krize u EU-u koja je bila glavno izvozno tržište tih zemalja, ali i europskih zahtjeva za reformama zbog povećanja trgovinske razmjene uz teško zadržavanje dotadašnje razine socijalnih mjera, ponajprije subvencija na gorivo i hranu, što postaje jedan od glavnih pokretača prosvjeda u tim zemljama. Prosvjedi su dočekani s odobravanjem EU-a, ali bez potpore u izgradnji novih sustava vlasti u bliskoistočnim

Fonda za azil, migracije i integraciju, o izmjeni Odluke Vijeća 2008/381/EZ i o stavljanju izvan snage odluka br. 573/2007/EZ i br. 575/2007/EZ Europskog parlamenta i Vijeća te Odluke Vijeća 2007/435/EZ, SL L 150/168, 20.5.2014.

32 Conclusion of the European Council, Brussels, EUCO 79/14, 27.6.2014.

33 Komunikacija Komisije Europskom parlamentu, Vijeću, Europskom gospodarskom i socijalnom odboru i Odboru regija, Europski migracijski program, Brussels, COM (2015) 240 final, 13.5.2015.

34 Picula, B., Božja stranka na čelu Libanona – od rata do vlasti, Zagreb, Političke analize, vol. 3, 11/2012, str. 30.

35 Metcalfe-Hough, V., The migration crisis? Facts, challenges and possible solutions, London, ODI Briefing, 2015., str. 2-3.

36 Tadić, J., Dragović, F., Tadić, T., Migracijska i izbjeglička kriza – sigurnosni rizici za EU, Polic. sigur., vol. 25, 1/2016, str. 16.

zemljama³⁷ nakon rušenja diktatorskih vlasti.³⁸ U analizi UNHCR-a iz 2015. godine glavni razlog napuštanja Sirije³⁹ i kretanje prema državama članicama EU-a gubitak je nade, potom povećanje siromaštva, nemogućnost zaposlenja i nedostatna zdravstvena zaštita te prepreke obnavljanja izbjegličkog statusa u Libanonu i Jordanu, a potom ograničene mogućnosti obrazovanja i osjećaj nesigurnosti u Iraku.⁴⁰

Prema izvješćima o analizi rizika Agencije za europsku graničnu i obalnu stražu, čiji je osnovni zadatak pomoć državama članicama EU-a pri upravljanju njihovim vanjskim granicama, jasno je da su dva migrantska pravca činila okosnicu priljeva izbjeglica, ali i ilegalnih migranata u države članice. Prvi mediteranski dominirao je 2014. godine, a potom 2015. balkanski.⁴¹ Kako je već s prvim naznakama krize postalo jasno da je EU nespreman odgovoriti na izazove koje je kriza donijela, bio je prisiljen brzo reagirati. Tako je, slijedeći preporuke ranije objavljenog Akcijskog plana, donesen set različitih mjera koje bi EU trebao poduzeti kako bi sveobuhvatnim pristupom riješio izazove proizašle iz migracija. Europski migracijski program⁴² naglasio je potrebu za brzim i odlučnim djelovanjem u akcijama spašavanja izbjeglica na moru te u suzbijanju mreže krijumčarenja osoba, ali i predvidio proračun od 50 milijuna eura za provedbu mjera iz programa. Program naglašava i suradnju s trećim zemljama i namjeru da migracije postanu zasebna komponenta postojećih misija zajedničke sigurnosne i obrambene politike, ali i namjeru EU-a da gradi čvršću zajedničku politiku azila unaprjeđenjem standarda o uvjetima prihvata i postupcima odobravanja azila. Migracijskim programom Komisija najavljuje i pokretanje novoga pristupa *Hotspot* kojim je zamišljeno da Europski potporni ured za azil, Frontex i Europol rade na terenu s najizloženijim državama članicama u cilju brzog identificiranja i registriranja migranata, ali i privremeni program raspodjela osoba kojima je međunarodna zaštita potrebna i to na način ravnomjerne podjele odgovornosti, odnosno sudjelovanja svih država članica. Države su članice tada odgovorne za razmatranje zahtjeva u skladu s utvrđenim pravilima i jamstvima. Preraspodjela ili dodjela kvota vršit će se ustanovljenim kriterijima, poput broja stanovnika, BDP-a, stope nezaposlenosti, dotadašnjega broja tražitelja azila i dr.⁴³ Osim preporuka za rješavanje izazova s kojima se EU suočio, Komisija je ovim programom priznala kako mehanizam odgovornosti za razmatranje zahtjeva ne djeluje.

Države članice podržale su u srpnju 2015. na prijedlog Komisije dvogodišnji program preseljenja 22.000 izbjeglica, a potom u rujnu donijele odluku o uspostavi

37 *ibid.*, str. 17.

38 O pozadini sukoba u bliskistočnim zemljama koji su prethodili migrantskoj krizi vidi detaljnije Cvrtić, V., *Bliski istok – izvanredno stanje u izvanrednom stanju, Političke analize*, vol. 2, 6/2011, str. 42-46.

39 O pozadini sukoba u Siriji vidi detaljnije Cvrtić, V., *Sirija i Libija: što ih povezuje, a što dijeli?*, *Političke analize*, vol. 3, 12/2012, str. 50-52.

40 UNHCR, *Seven factors behind movement of Syrian refugees to Europe*, <<http://www.unhcr.org/560523f26.html>>, 25. rujna 2015., 29. travnja 2019.

41 Agencija za europsku graničnu i obalnu stražu, *Migratory Map*, <<https://frontex.europa.eu/along-eu-borders/migratory-map>>, 1. svibnja 2019.

42 Europski migracijski program, *op. cit.*, str. 2.

43 Kriteriji koji se uzimaju u obzir pri određivanju kvota definirani su u Prilogu uz Europski migracijski program.

mehanizma u hitnim slučajevima kojim se planiralo preseljenja 35.000 osoba koje zadovoljavaju uvjete kako bi se umanjio pritisak na Grčku i Italiju.⁴⁴ Pritisak je bilo potrebno umanjiti jer su upravo Grčka i Italija kao države članice prvog ulaska u EU po Dublinskoj uredbi bile odgovorne za većinu podnesenih zahtjeva za azilom. U istom razdoblju, usporedno s najvećim priljevom izbjeglica, pet država članica uvodi privremene kontrole na unutarnjim granicama, a u cilju sprječavanja humanitarne katastrofe Komisija organizira sastanak lidera zemalja Zapadnog Balkana.⁴⁵ Sastanak je rezultirao dogovorom o suradnji i osiguranjem utočišta za migrante uz ograničenje sekundarnih kretanja. Već početkom iduće godine u Europolu je pokrenut Europski centar za borbu protiv krijumčarenja migranata.⁴⁶ U ožujku iste godine i zemlje Zapadnog Balkana počinju zatvarati svoje granice, a Komisija radi pružanja humanitarne pomoći donosi uredbu o pružanju hitne potpore unutar Unije ponajprije Grčkoj koja se našla na najvećem udaru.⁴⁷ Nakon sporazuma Unije i Turske o kontroli priljeva izbjeglica,⁴⁸ dominaciju ponovo preuzima mediteranski pravac što najviše pogađa Italiju, potom Španjolsku kao i Grčku koja je, osim mediteranskog, i dio balkanskog pravca.⁴⁹ Potonji je važan i za Hrvatsku jer obuhvaća kopneni izbjeglički pravac od Turske preko Grčke, Bugarske, Makedonije, Srbije, a potom i Hrvatske, preko kojih izbjeglice putuju prema zemljama zapadne Europe. Broj izbjeglica pristiglih zapadnobalkanskim pravcem u razdoblju od rujna 2015. godine do ožujka 2016. godine iznosio je oko 700.000 osoba,⁵⁰ koje su kao krajnju destinaciju imale neku od razvijenijih zemalja Europske unije.

Svjesna da postojeće stanje zajedničkog sustava azila ne djeluje, Komisija je u svibnju 2016. predstavila prvi paket prijedloga reforme zajedničkog sustava azila, a u srpnju iste godine i drugi paket prijedloga. Reforma usklađivanja postupaka rezultirala bi stvaranjem jednakih uvjeta u EU-u, a uključuje reformu Dublinskog sustava u smjeru bolje i pravednije raspodjele zahtjeva između država članica, jačanje uredbe o *Eurodecu* te preobrazbu Europskog potpornog ureda za azil u punopravnu agenciju za azil kao prvi paket⁵¹ te reformu Direktive o uvjetima prihvata u smjeru usklađivanja

44 Vidi detaljnije Šelo Šabić, S., *The Relocation of Refugees in the European Union – Implementation of Solidarity and Fear*, Zagreb, Friedrich Ebert Stiftung, 2017, str. 5-6.

45 European Commission – Press release, *Progress following Western Balkans Route Leaders' Meeting 2015.*, <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5924_en.htm>, 27. listopada 2015., 1. svibnja 2019.

46 Vidi detaljnije EUROPOL – Press release, *EUROPOL launches the European Migrant Smuggling Centre*, <<https://www.europol.europa.eu/newsroom/news/europol-launches-european-migrant-smuggling-centre>>, 22. veljače 2016., 1. svibnja 2019.

47 Uredba Vijeća (EU) 2016/369 od 15. ožujka 2016. o pružanju hitne potpore unutar Unije, SL L 70/1, 16.3.2016.

48 Komunikacija Komisije Europskom parlamentu, Vijeću, Europskom gospodarskom i socijalnom odboru i Odboru regija o provedbi Europskog migracijskog programa, Brussels, COM (2017) 558 final, 2017, str. 4.

49 Vidi *Migratory Map*, <<https://frontex.europa.eu/along-eu-borders/migratory-map>>, 1. svibnja 2019..

50 Šelo Šabić, S., Borić, S., *At the Gate of Europe - A Report on Refugees on the Western Balkan Route*, Zagreb, Friedrich Ebert Stiftung, 2016, str. 1.

51 O prvom paketu prijedloga reforme zajedničkog sustava azila vidi detaljnije European Commission – Press release, *Towards a sustainable and fair Common European Asylum*

standarda te zamjenu Direktive o postupcima azila i Direktive o kvalifikacijama u cilju usklađivanja postupaka, odnosno standarda.⁵² Radi jačanja vanjskoga djelovanja na području migracija Europsko vijeće u lipnju 2016. odobrava Okvir za partnerstvo s trećim zemljama.⁵³ Kako bi osigurala vanjske granice EU-a pokrenuta je nova europska granična i obalna straža. Tako je, da bi smanjila pritisak na Italiju koja postaje glavna ulazna točka ilegalnih migracija, Komisija 2017. utvrdila Akcijski plan za potporu.⁵⁴ Krajem iste godine Komisija je predložila prilagodbu odredbi o Schengenu, odnosno ukidanje unutarnjih kontrola i zamjenu pojačanim policijskim kontrolama, a već iduće godine jačanje granične i obalne straže.⁵⁵ U prosincu 2018. godine zapadnomediteranska ruta preko Maroka i Španjolske postaje najčešće korištena ruta ilegalnih migranata.

Uoči sastanka Europskog vijeća u ožujku 2019. Komisija u analizi napretka kao najveća dostignuća Europskog migracijskog programa od 2015. godine navodi spašavanje više od 730.000 života na moru te zaštitu i osnovnu pomoć za više od 5,3 milijuna ranjivih osoba, pomoć u reintegraciji nakon povratka za više od 60.000 kao i razbijanje krijumčarske mreže te zaštitu vanjskih granica. Smanjuje se i broj ilegalnih dolazaka koji ne prelaze 10 posto dolazaka iz 2015. godine. Kako bi migracijska politika EU-a funkcionirala u budućnosti Komisija navodi i mjere koje uključuju pomoć Maroku u upravljanju granicama i ponovnom prihvatu izbjeglica, pomoć Grčkoj u obradi zahtjeva za azil, osiguranju smještaja te povratku kao i zajedničko djelovanje EU-a i trećih zemalja te zemalja na vanjskim granicama EU-a. Uklanjanje uzroka nezakonitih migracija, bolje i učinkovitije upravljanje granicama jačanjem europske granične i obalne straže, pružanje potpore i zaštite izbjeglicama prioriteti su EU u sljedećem razdoblju.⁵⁶ Najveći izazovi koji se odnose na pružanje pomoći i zaštite osobama u nevolji, spašavanje života na moru, upravljanje vanjskim granicama EU-a, borba protiv krijumčarenja osoba i suradnja s trećim zemljama upravo su i područja u kojima EU navodi najvažnije pomake i uspjehe. Europska unija bila je prisiljena od 2015. godine reagirati *ad hoc* na izazove koji su se pojavljivali, a

- System, <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-1620_en.htm?locale=EN>, 4. svibnja 2016., 3. svibnja 2019.
- 52 O drugom paketu prijedloga reforme zajedničkoga sustava azila, vidi detaljnije European Commission – Press release, Completing the reform of the Common European Asylum System: towards an efficient, fair and humane asylum policy, <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-2433_en.htm>, 13. lipnja 2016., 3. svibnja 2019.
- 53 Komunikacija Komisije Europskom parlamentu, Europskom vijeću i Vijeću - Prvo izvješće o napretku u pogledu okvira za partnerstvo s trećim zemljama na temelju Europskog migracijskog programa, Brussels, COM (2016) 700 final, 18.10.2016.
- 54 Vidi detaljnije Europska komisija - Priopćenje za tisak, Središnja sredozemna ruta: Komisija predlaže akcijski plan za potporu Italiji, smanjenje pritiska i povećanje solidarnosti, <https://ec.europa.eu/croatia/news/commission_proposes_action_plan_to_support_Italy_along_the_central_mediterranean_route_hr>, 4. srpnja 2017., 4. svibnja 2019.
- 55 O stanju schengenskoga područja te o mjerama jačanja istoga vidi detaljnije Komunikacija Komisije Europskom parlamentu i Vijeću o očuvanju i jačanju schengenskog područja, Brussels, COM (2017) 570 final, 27.9.2017.
- 56 Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council and the Council - Progress report on the Implementation of the European Agenda on Migration, Brussels, CO (2019) 126 final, 6.3.2019.

upravo to pokazuje sve nedostatke zajedničke politike azila. Kriza je pokazala očitu neučinkovitost sustava i nužnost uvođenja jasnijih kriterija o odgovornosti država članica za razmatranje zahtjeva za azilom te pravedniju podjelu odgovornosti između država članica. Ponajprije zbog nejednakog ili neujednačenog pritiska na vanjske granice EU-a što znači neujednačen pritisak na države članice na vanjskim granicama, kao i zbog nedostatnih kapaciteta za obradu zahtjeva ili neadekvatni uvjeti prijema. Osim pojačane suradnje s trećim zemljama naponi EU-a trebali bi ići i u smjeru osiguranja poštovanja preuzetih obveza država članica.

4. LJUDSKA PRAVA, MIGRACIJE I PERCEPCIJA O PROBLEMIMA EUROPSKE UNIJE

Od neformalne suradnje krajem sedamdesetih godina prošlog stoljeća, Europska unija napravila je pomake u razvoju zajedničke politike azila što je, rezultiralo prenošenjem dijela ovlasti država članica u tim pitanjima na nadnacionalna tijela te stvaranje Zajedničkog europskog sustava azila. Posebno od 2015. godine kada je bila suočena s brojnim izazovima koji su se javili kao posljedica nekontroliranih priljeva izbjeglica na njene granice. Migrantska kriza zahtijevala je brze reakcije čelnika EU-a u osiguranju pomoći i prihvata izbjeglica s jedne strane i u osiguranju sigurnosti vanjskih granica EU-a s druge. Pitanje imigracije postalo je ključni problem EU-a prema mišljenju njezinih građana, a pitanje ljudskih prava izbjeglica ostalo je zarobljeno između nedostataka zajedničkog sustava azila i sigurnosti Europske unije i njenih granica. U nastavku rada analizirani su podaci *Eurostata* o broju osoba koje prvi put podnose zahtjev za azilom u ukupnom broju podnesenih zahtjeva na razini Europske unije od 2009. do 2018. godine. Izdvojeni su i problemi koje građani EU-a percipiraju kao ključne probleme Unije i koji su povezani s brojem podnesenih zahtjeva za azilom.

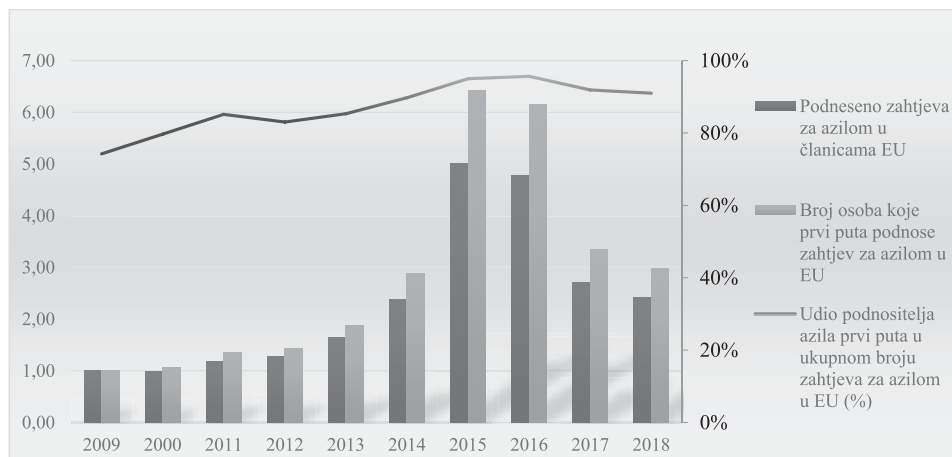
Tablica I. Broj podnesenih zahtjeva za azilom

Godina	Podneseno zahtjeva za azilom u državama članicama EU-a	Broj osoba koje prvi put podnose zahtjev za azilom u EU	Udio podnositelja azila prvi put u ukupnom broju zahtjeva za azilom u EU-u
2009.	263835	195840	0,7422
2010.	259630	206880	0,7968
2011.	309040	263135	0,8514
2012.	335290	278280	0,8299
2013.	431095	367825	0,8532
2014.	626960	562680	0,8974
2015.	1322845	1256610	0,9499

2016.	1260910	1206045	0,9564
2017.	712235	654610	0,9190
2018.	639475	581775	0,9097

Izvor: Eurostat – *Asylum and first time asylum applicants – annual aggregated data*

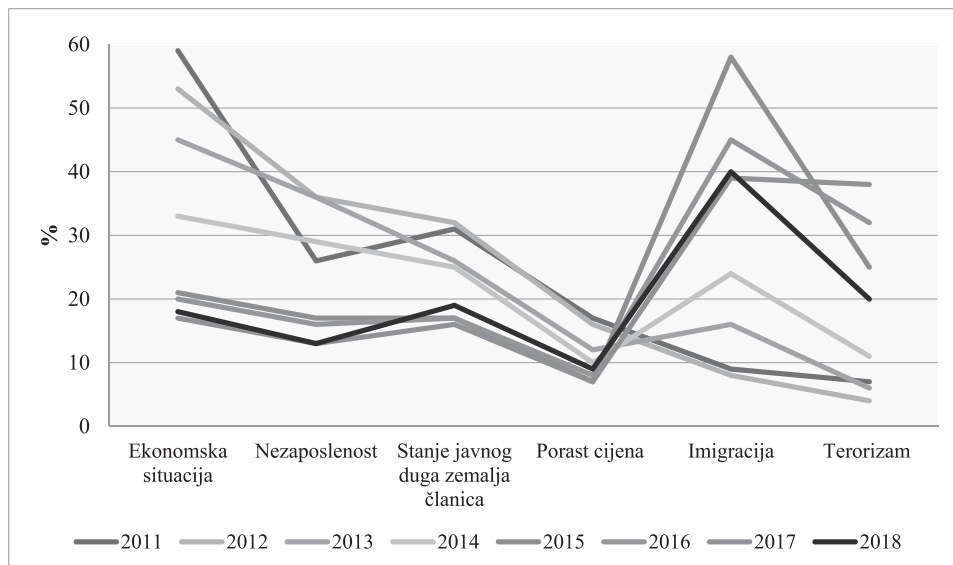
Graf I. Postotni i indeksni odnos tržišlja azila u EU-u



Izvor: Eurostat – *Asylum and first time asylum applicants – annual aggregated data*

Prema podacima Eurostata već 2013. godine broj zahtjeva za azilom gotovo se udvostručio u odnosu na 2009. godinu, dok je 2015. pet puta veći od promatrane bazne godine. Broj osoba u 2015. i 2016. godini koje prvi put podnose zahtjev za azilom u ukupnom broju podnesenih zahtjeva šest je puta veći u odnosu na 2009. godinu. U grafu I. prikazan je broj osoba koje prvi put podnose zahtjev za azilom na području EU-a u ukupnom broju podnesenih zahtjeva. Udio osoba koje prvi put podnose zahtjev za azilom u nekoj od država članica raste sa 74 % do 95 % u 2016. godini, kada dostiže svoj vrhunac. Kao bazni indeks korištena je 2009. godina u kojoj na snagu stupa Ugovor iz Lisabona kojim se utvrđivanje minimalnih standarda zajedničkim sustavom azila mijenja jedinstvenim postupcima. Zbog migrantske krize udio osoba koje podnose zahtjev za azilom u EU-u znatno raste, a time i udio onih koji zahtjev podnose prvi put u ukupnom broju podnesenih zahtjeva.

Graf II. Prikaz grupiranja anketnih tema u dijagramu paralelnih kordinata



Izvor: *Standard Eurobarometer: Public opinion in the European Union*

Usporedno s brojem zahtjeva za azilom analizirani su i podaci javnoga mnijenja građana EU-a o njezinim ključnim problemima prema anketama *Standard Eurobarometer* od 2011. do 2018. godine. Građani su na godišnjoj razini definirali dva problema EU-a koji su prema njihovom mišljenju najveći u danom trenutku. Izdvojeno je šest problema (ekonomska situacija, nezaposlenost, stanje javnog duga, porast cijena, imigracija i terorizam) koji su u anketama bili zastupljeni kao ključni problemi kod više od 10 % ispitanih građana Unije. Iz grafa II. vidljivo je kako građani EU-a u godinama koje prethode velikom migrantskom valu ekonomske teme prepoznaju kao najvažnije probleme, ponajprije ekonomsku situaciju i nezaposlenost, a trend opada dolaskom migrantske krize. Porast cijena najmanje varira o svih obrađenih problema. Teme imigracije i terorizma prepoznaju se kao važni problemi u godini kada migrantska kriza doživljava svoj vrhunac. Trend je rasta znatan i kod prepoznavanja terorizma kao ključnoga problema. Terorizam postaje percipiran kao jedan od važnijih problema EU-a u 2016. i 2017. godini kao reakcija na događanja povezana s migrantskom krizom, terorističkim napadama u Europi i velikim brojem pristiglih izbjeglica, odnosno migranata koji se vezuje za temu islamističkog terorizma. To posebno pokazuju stajališta u 2017. godini, kada je broj osoba koje percipiraju imigraciju i terorizam kao dva ključna problema EU-a gotovo izjednačen.

Tablica II. Kendell Tau rang korelacije između broja podnesenih zahtjeva za azilom i percepcije najvažnijih problema EU-a

	Ekonomska situacija	Imigracija	Terorizam	Stanje javnog duga	Porast cijena
Podneseno zahtjeva za azilom u državama članicama EU	-0.64*	0.86**	0.64*	-0.76*	-0.91**

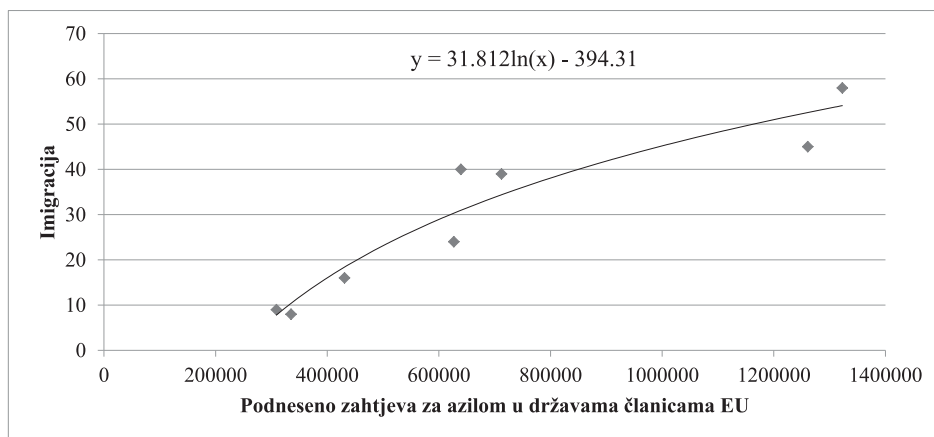
Izvor: Standard Eurobarometer: Public opinion in the European Union

Prob $\geq |r|$ * Statistički opravdano na razini 0.05

** Statistički opravdano na razini 0.01

Kendall rang korelacija pokazuje kako je porast broja zahtjeva za azilom u pozitivnoj vezi s porastom broja građana EU-a, koji imigraciju prepoznaju kao ključni problem. Porastom broja podnošenja zahtjeva za azilom u nekoj državi članici povećava se i broj građana EU-a koji imigraciju prepoznaju kao ključni problem. Odnos broja zahtjeva za azilom u pozitivnoj je srednje jakoj vezi s brojem građana koji terorizam percipiraju kao ključni problem EU-a. Porastom broja zahtjeva za azilom smanjuje se percepcija ekonomske situacije kao ključnoga problema EU-a, što znači da je ekonomsko pitanje opravdano negativno pod utjecajem broja zahtjeva za azilom. U istom je odnosu i pitanje stanja javnoga duga percipirano kao problem. Porast cijena kao problem EU-a u jakoj je negativnoj vezi s brojem zahtjeva za azilom. To znači da porastom percepcije građana da je imigracija ključan problem EU-a opada interes za pitanja inflacije.

Graf III. Regresijska analiza odnosa broja tražitelja azila i imigracije kao problema



Jednostavnom logaritamskom regresijom utvrđena je statistički velika povezanost broja podnesenih zahtjeva za azilom i imigracije prepoznate kao ključnoga problema EU-a. Utvrđena je povezanost broja podnesenih zahtjeva i percepcije imigracije kao

ključnoga problema EU-a po mišljenju njenih građana.

U izvješću o stanju ljudskih prava u 2011. obrađujući temu migracija, *Amnesty International* zaključuje da je umjesto sprječavanja smrtnih slučajeva na moru EU svoje djelovanje usmjerio na sprječavanje dolazaka izbjeglica u Europu osnaživanjem djelovanja svoje Agencije za europsku graničnu i obalnu stražu, što je i jedan do razloga smanjenja broja podnesenih zahtjeva za azilom u državama članicama. Prema izvješću, EU se fokusirala na nadzor svojih granica i kontrolu migracijskih tokova, države su sustavno kršile ljudska prava izbjeglica presretanjem, protjerivanjem ili zatvaranjem uključujući i prava onih koje su imale pravo na međunarodnu zaštitu, a nije im bio omogućen ni pristup sustavu azila.⁵⁷ U izvještaju za 2014. Europskoj uniji se i dalje zamjera glavni fokus na nadzor granica, kao i nehumani uvjeti u imigracijskim sabirnim centrima.⁵⁸ Prema izvještaju za 2015. EU nije smislio dosljedan i human odgovor za do tada najveći priljev izbjeglica u Europu kao i za poštovanje temeljnih prava izbjeglica. Pozitivne reakcije vezane su za smanjenja stope smrtnosti za 9 % u odnosu na 2014. na srednjoj mediteranskoj ruti, dok su Dublinski sustav i Schengenski sporazum proglašeni neodgovarajućim neadekvatnim nositi se s izazovom. Europskoj se uniji zamjera neodgovarajući mehanizam preraspodjele, oklijevanje njezinih država članica i reakcije njihovih čelnika o ugrozi nacionalnih suvereniteta, onemogućavanje pristupa sustavu azila, odbijanje u sudjelovanju prihvata izbjeglica pojedinih država članica kao i zatvaranje granica.⁵⁹ Slabo funkcioniranje sustava azila i u 2016. godini⁶⁰ prepoznato je kao ključni problem EU-a, kao i zaustavljanje dolazaka i neprimjereni uvjeti prihvata u izbjegličkim centrima te nedostatak solidarnosti s izbjeglicama. Zabilježeni su i slučajevi kolektivnoga protjerivanja te zlostavljanje izbjeglica pri pokušaju uzimanja otisaka prstiju. *Amnesty International* nastojanje povrata što većega broja migranata definira glavnim obilježjem vanjske politike EU-a. Kritizira i onemogućavanje ujedinjenja s obitelji te odbijanje zahtjeva za azilom i povratka izbjeglica bez objašnjenja. I u 2017. i 2018.⁶¹ sprječavanje ulazaka zbog kojih se migrantima krše temeljna prava glavno je obilježje postupanja država članica. Ipak priljev izbjeglica znatno je smanjen u odnosu na 2015., što je izvješćem percipirano kao rezultat dogovora EU-a s Turskom i Libijom. Kritiziraju se i javni istupi političara i njihove negativne reakcije prema nevladinim organizacijama koje su aktivno uključene u misije spašavanja i dodjele humanitarne pomoći izbjeglicama.

57 Vidi detaljnije Amnesty International Report 2012, *The State of the World's Human Rights*, London, 2012, str 33-34.

58 Amnesty International Report 2013/14, *The State of the World's Human Rights*, London, 2014, str. 34-35.

59 Amnesty International Report 2015/16, *The State of the World's Human Rights*, London, 2016, str. 41-43.

60 Amnesty International Report 2016/17, *The State of the World's Human Rights*, London, 2017, str. 40-42.

61 Amnesty International Report 2017/18, *The State of the World's Human Rights*, London, 2018, str. 49-50.

5. ZAKLJUČAK

Migrantska kriza 2015. pokazala je opravdanost izgradnje zajedničkoga sustava azila Europske unije jer zbog priljeva znatnoga broja migranata države članice nisu u stanju same upravljati problemima koji iz procesa migracija mogu proizaći. Istodobno, kriza je pokazala i nužnost reforme postojećega sustava koji se u praksi pokazao manjkavim na nekoliko razina. Dublinski sustav, sustav raspodjele izbjeglica, prihvat i smještaj izbjeglica te kontrola granica samo su dio problema sustava kojemu EU u sljedećem razdoblju mora posvetiti veću pažnju. Kako bi mogao osigurati međunarodnu zaštitu i pomoć osobama u nevolji te istodobno održati sigurnost unutar svojih granica, EU mora graditi sustav koji će biti u stanju reagirati pravodobno na sve izazove migracijskih tokova u budućnosti. Naglasak prijeko potrebne reforme sustava azila Europska unija trebala bi staviti na postavljanje jasnijih kriterija za utvrđivanje odgovornosti država članica te podjelu odgovornosti država članica kod prihvata izbjeglica, ali i osnaživanje onih država koje su preuzele najveći teret migracijskih tokova od 2015. godine, ponajprije pri obradi podnesenih zahtjeva te u cilju sprječavanja ponovnoga zatvaranja granica i rješavanje pitanja mogućih snažnijih migrantskih priljeva na nacionalnim razinama. Drugi je dio problema nedostatno kvalitetna komunikacija i izostanak suradnje između država članica koje su umjesto bolje i učinkovitije provedbe zajedničke politike azila dovele do političkih tenzija, zatvaranja granica i kršenja temeljnih prava migranata. Osim suradnje država članica, suradnja EU-a s trećim zemljama važna je iz nekoliko razloga. Ponajprije kako bi se našla politička rješenja koja će utjecati na sukobe koji prisiljavaju osobe na migracije, a onda i radi stvaranja učinkovitoga sustava vraćanja u zemlje podrijetla, odnosno kao potpora reintegraciji povratnika. Suzbijanje ilegalne migracije i otkrivanje mreža krijumčarenja ljudima još su jedan dio problema procesa migracija i ako čelnici EU-a budu željeli očuvati sigurnost unutar vlastitih granica, znatnije napore će morati uložiti u njihovo suzbijanje. Kao problem migracijskih procesa ostaje i onaj integracije useljenika u društvo, ali ono što mora biti neizostavan dio u iznalaženju rješenja za svaku od navedenih razina problema migracija, osiguranje je zaštite temeljnih prava migranata. Analizom broja zahtjeva za azilom i ključnih problema EU-a dolazimo do zaključka da je nedjelovanje sustava azila kod građana EU-a stvorilo percepciju o imigraciji kao problemu, a posljedično i terorizmu, odnosno da je broj podnesenih zahtjeva za azilom u državama članicama snažno utjecao na percepciju imigracije kao ključnoga problema EU-a. Osjećaj straha i pitanje europske sigurnosti koji iz navedenog proizlaze snažno su suprotstavljeni pitanju zaštite temeljnih prava osoba koje traže međunarodnu zaštitu. Ipak, očuvanje sigurnosti u Europi reformom sustava azila ne smije isključiti one vrijednosti koje čine temelj Europske unije.

LITERATURA

Knjige i članci:

1. Cvrtila, Vlatko, *Bliski istok – izvanredno stanje u izvanrednom stanju*, Zagreb, Političke analize, vol. 2, 6/2011, str. 42-46.
2. Cvrtila, Vlatko, *Sirija i Libija: što ih povezuje, a što dijeli?*, Zagreb, Političke analize, vol. 3, 12/2012, str. 48-54.

3. Dragović, Filip, Sigurnost europskih granica i migracije, Zagreb, Naklada Jesenski i Turk, 2018.
4. Felbermayr, Gabriel, Gröschl, Jasmin, Steinwach, Thomas, The Trade Effects of Border Controls: Evidence from the European Schengen Agreement, *Journal of Common Market Studies*, vol. 56, 2/2018, str. 335-351.
5. Hatton, Timothy J., Asylum Policy in the EU: the Case for Deeper Integration, *Oxford, CESifo Economic Studies*, vol. 61, 3-4/2015, str. 605-637.
6. Lalić, Goranka, Razvoj zajedničkog europskog sustava azila, Zagreb, Hrvatska javna uprava, vol. 7, 4/2007, str. 841-857.
7. Marinho, Clotilde, Heinonen, Matti, Dublin after Schengen: Allocating Responsibility for Examining Asylum Applications in Practice, *Maastricht, EIPASCOPE*, vol. 3, 1998.
8. Metcalfe-Hough, Victoria, The migration crisis? Facts, challenges and possible solutions, London, ODI Briefing, 2015.
9. Mikac, Robert i Dragović, Filip, Masovne migracije: izazovi, posljedice i put naprijed, *Forum za sigurnosne studije*, vol. 1, 1/2017, str. 130-152.
10. Omejec, Jasna, Vijeće Europe i Europska unija - institucionalni i pravni okvir, Zagreb, *Novi informator*, 2008.
11. Picula, Boško, Božja stranka na čelu Libanona – od rata do vlasti, Zagreb, *Političke analize*, vol. 3, 11/2012, str. 30-36.
12. Stone Sweet, Alec, Sandholtz, Wayne, Fligstein, Neil, *The Institutionalization of Europe*, New York, Oxford University Press, 2002.
13. Šelo Šabić, Senada, Borić, Sonja, At the Gate of Europe - A Report on Refugees on the Western Balkan Route, Zagreb, Friedrich Ebert Stiftung, 2016.
14. Šelo Šabić, Senada, The Relocation of Refugees in the European Union – Implementation of Solidarity and Fear, Zagreb, Friedrich Ebert Stiftung, 2017.
15. Tadić, Jure, Dragović, Filip, Tadić, Tonči, Migracijska i izbjeglička kriza – sigurnosni rizici za EU, *Policija i sigurnost*, vol. 25, 1/2016.

Pravni izvori:

1. Convention determining the State responsible for examining applications for asylum lodged in one of the Member States of the European Communities - Dublin Convention, *SL C 254*, 19.8.1997.
2. Direktiva 2013/33/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 26. lipnja 2013. o utvrđivanju standarda za prihvata podnositelja zahtjeva za međunarodnu zaštitu (preinaka), *SL L 180/96*, 29.6.2013.
3. Directive 2011/95/EU of the European Parliament and of the Council of 13 December 2011 on standards for the qualification of third-country nationals or stateless persons as beneficiaries of international protection, for a uniform status for refugees or for persons eligible for subsidiary protection, and for the content of the protection granted (recast), *SL L 337/9*, 20.12.2011.
4. Direktiva 2013/32/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 26. lipnja 2013. o zajedničkim postupcima za priznavanje i oduzimanje međunarodne zaštite (preinačena), *SL L 180/60*, 29.6.2013.
5. Povelja Europske unije o temeljnim pravima, *SL C 83/02*, 12.12.2007.
6. Single European Act, *SL L 169/1*, 29.6.1987.
7. The Stockholm Programme – An open and secure Europe serving and protecting citizens, *SL C 115*, 4.5.2010.
8. Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community, *SL C 306/1*, 17.12.2007.

9. Uredba (EU) br. 604/2013 Europskog parlamenta i Vijeća od 26. lipnja 2013. o utvrđivanju kriterija i mehanizama za određivanje države članice odgovorne za razmatranje zahtjeva za međunarodnu zaštitu koji je u jednoj od država članica podnio državljanin treće zemlje ili osoba bez državljanstva (preinaka), SL L 180/31, 29.6.2013.
10. Uredba (EU) br. 516/2014 Europskog parlamenta i Vijeća od 16. travnja 2014. o uspostavi Fonda za azil, migracije i integraciju, o izmjeni Odluke Vijeća 2008/381/EZ i o stavljanju izvan snage odluka br. 573/2007/EZ i br. 575/2007/EZ Europskog parlamenta i Vijeća te Odluke Vijeća 2007/435/EZ, SL L 150/168, 20.5.2014.
11. Uredba Vijeća (EU) 2016/369 od 15. ožujka 2016. o pružanju hitne potpore unutar Unije, SL L 70/1, 16.3.2016.

Službene publikacije:

1. Amnesty International Report 2012, The State of the World's Human Rights, London, 2012.
2. Amnesty International Report 2013/14, The State of the World's Human Rights, London, 2014.
3. Amnesty International Report 2015/16, The State of the World's Human Rights, London, 2016.
4. Amnesty International Report 2016/17, The State of the World's Human Rights, London, 2017.
5. Amnesty International Report 2017/18, The State of the World's Human Rights, London, 2018.
6. Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council and the Council - Progress report on the Implementation of the European Agenda on Migration, Brussels, COM (2019) 126 final, 6.3.2019.
7. Conclusion of the European Council, Brussels, EUCO 79/14, 27.6.2014.
8. European Commission, Justice, Freedom and Security in Europe since 2005: An Evaluation of The Hague Programme and Action Plan, Brussels, COM (2009) 263 final, 10.6.2009.
9. Komunikacija Komisije Europskom parlamentu i Vijeću o očuvanju i jačanju schengenskog područja, Brussels, COM (2017) 570 final, 27.9.2017.
10. Komunikacija Komisije Europskom parlamentu, Europskom vijeću i Vijeću - Prvo izvješće o napretku u pogledu okvira za partnerstvo s trećim zemljama na temelju Europskog migracijskog programa, Brussels, COM (2016) 700 final, 18.10.2016.
11. Komunikacija Komisije Europskom parlamentu, Vijeću, Europskom gospodarskom i socijalnom odboru i Odboru regija, Europski migracijski program, Brussels, COM (2015) 240 final, 13.5.2015.
12. Komunikacija Komisije Europskom parlamentu, Vijeću, Europskom gospodarskom i socijalnom odboru i Odboru regija o provedbi Europskog migracijskog programa, Bruxelles, COM (2017) 558 final, 27.9.2017.
13. Standard Eurobarometer 75: Public opinion in the European Union, Brussels, Spring 2011.
14. Standard Eurobarometer 77: Public opinion in the European Union, Brussels, Spring 2012.
15. Standard Eurobarometer 79: Public opinion in the European Union, Brussels, Spring 2013.
16. Standard Eurobarometer 81: Public opinion in the European Union, Brussels, Spring 2014.
17. Standard Eurobarometer 83: Public opinion in the European Union, Brussels, Spring 2015.

18. Standard Eurobarometer 85: Public opinion in the European Union, Brussels, Spring 2016.
19. Standard Eurobarometer 87: Public opinion in the European Union, Brussels, Spring 2017.
20. Standard Eurobarometer 89: Public opinion in the European Union, Brussels, Spring 2018.

Izvori s interneta:

1. Agencija za europsku graničnu i obalnu stražu, Migratory Map, <<https://frontex.europa.eu/along-eu-borders/migratory-map>>, 1. svibnja 2019.
2. European Commission – Press release, Completing the reform of the Common European Asylum System: towards an efficient, fair and humane asylum policy, <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-2433_en.htm>, 13. lipnja 2016., 3. svibnja 2019.
3. European Commission – Press release, Progress following Western Balkans Route Leaders' Meeting 2015., <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5924_en.htm>, 27. listopada 2015., 1. svibnja 2019.
4. European Commission – Press release, Towards a sustainable and fair Common European Asylum System, <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-1620_en.htm?locale=EN>, 4. svibnja 2016., 3. svibnja 2019.
5. Europska komisija - Priopćenje za tisak, Središnja sredozemna ruta: Komisija predlaže akcijski plan za potporu Italiji, smanjenje pritiska i povećanje solidarnosti, <https://ec.europa.eu/croatia/news/commission_proposes_action_plan_to_support_Italy_along_the_central_mediterranean_route_hr>, 4. srpnja 2017., 4. svibnja 2019.
6. EUROPOL – Press release, EUROPOL launches the European Migrant Smuggling Centre, <<https://www.europol.europa.eu/newsroom/news/europol-launches-european-migrant-smuggling-centre>>, 22. veljače 2016., 1. svibnja 2019.
7. Europski parlament, Informativni članak o Europskoj uniji – Politika azila, <<http://www.europarl.europa.eu/factsheets/hr/sheet/151/politika-azila>>, 27. travnja 2019.
8. Eurostat, Asylum and first time asylum applicants, <https://ec.europa.eu/eurostat/search?p_auth=raoiJOt1&p_p_id=estatsearchportlet_WAR_estatsearchportlet&p_p_lifecycle=1&p_p_state=maximized&p_p_mode=view&_estatsearchportlet_WAR_estatsearchportlet_action=search&text=asylum>, 5. svibnja 2019.
9. UNHCR, Seven factors behind movement of Syrian refugees to Europe, <<http://www.unhcr.org/560523f26.html>>, 25. rujna 2015., 29. travnja 2019.

Sanja Bježančević*

Summary

MIGRATION CRISIS IN THE EUROPEAN UNION - CHALLENGES, EUROPEAN SECURITY AND THE PROTECTION OF FUNDAMENTAL RIGHTS

The EU was founded on economic integration, but it has expanded its areas of competence over the years. Institutions of the EU have also expanded their jurisdiction, while the promotion of peace and values common to the member states as well as creation of a space of freedom, security and justice have become fundamental values of the EU. Significant changes occurred also in the field of asylum policy. Informal cooperation in the 1970s has grown into an institutional one and resulted in creation of a common asylum system. The highlights of the migration crisis in 2015 showed all the shortcomings and pointed to the necessity of reforming the existing common asylum system. The paper shows the impact of migration movements towards the EU on the perception of its citizens on the key problems. Analyzing the ratio between the number of asylum applications submitted to the EU and the problems identified as key problems in EU by EU citizens proves the assumption that increase in migrant arrivals and the increase in the number of asylum applications in member states has contributed to the recognition of migration as a key problem.

Keywords: *migrations; European Union; asylum policy; Common Asylum System; human rights.*

Zusammenfassung

MIGRANTENKRISE IN DER EUROPÄISCHEN UNION – HERAUSFORDERUNGEN, EUROPÄISCHE SICHERHEIT UND SCHUTZ DER GRUNDRECHTE

Die Europäische Union ist aufgrund wirtschaftlicher Integrationen entstanden, aber mit den Jahren hat sie die Bereiche ihrer Zuständigkeit erweitert. Auch die Institutionen der Europäischen Union haben ihre Befugnisse erweitert. Die Förderung des Friedens und der europäischen Werte, die allen Mitgliedsstaaten gemeinsam sind, sowie die Gestaltung eines Raums der Freiheit, Sicherheit und Gerechtigkeit wurden zu den Grundwerten und Zielen der Europäischen Union. Aus diesem Grund

* Sanja Bježančević, mag. oec., Agricultural Institute Osijek; sanja.bjezancevic@gmail.com.

kam es zu den wesentlichen Änderungen im Bereich der Justiz und Innenpolitik, beziehungsweise im Bereich der Asylpolitik. Informelle Zusammenarbeit der 70er Jahren wurde zur institutionellen Zusammenarbeit und hatte die gemeinsame Asylpolitik der EU zum Ergebnis. Der Höhepunkt der Migrantenkrise in 2015 hat alle Mängel dieser Politik in den Vordergrund gebracht und hat darauf hingewiesen, dass eine Reform des bisherigen gemeinsamen Asylsystems notwendig ist. In diesem Beitrag wird die Übersicht der Gestaltung der gemeinsamen Asylpolitik der EU sowie die Herausforderungen, mit denen sich die EU infolge der größten Migrantenwelle aus den Ländern des Nahen Ostens konfrontiert sieht, gegeben. Ebenfalls bespricht man in diesem Beitrag den Einfluss der Migrationsbewegungen nach die EU auf die Perzeption der EU-Bürger über die Schlüsselfragen der EU. Durch die Analyse des Zustands der Menschenrechte in der EU und des Verhältnisses zwischen der Nummer der gestellten Asylanträge in den Mitgliedsstaaten der EU und den von EU-Bürgern angegebenen Schlüsselfragen wird die Hypothese bestätigt, dass der erhöhte Migrantenzufluss und der Zuwachs an Asylanträgen in den Mitgliedsstaaten der EU dazu beibringen, dass die Migration als eine Schlüsselfrage anerkannt wird.

Schlüsselwörter: Migrationen; Europäische Union; Asylpolitik; gemeinsames Asylsystem; Grundrechte.

Riassunto

LA CRISI MIGRATORIA NELL'UNIONE EUROPEA – SFIDE, SICUREZZA EUROPEA E TUTELA DEI DIRITTI FONDAMENTALI

L'Unione europea è sorta sulle basi dell'integrazione europea, allargando però col passare degli anni le proprie competenze. Tali competenze hanno subito un ampliamento anche nelle istituzioni dell'Unione europea; la propagazione della pace e dei valori europei comuni agli Stati membri, come anche la creazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia sono divenuti valori e scopi fondanti dell'Unione europea. Conseguentemente, significativi cambiamenti sono intervenuti nell'ambito della giustizia e degli affari interni, ovvero nell'ambito delle politiche di asilo. La cooperazione informale risalente agli anni settanta s'è trasformata in cooperazione istituzionale, risultando nella creazione di politiche d'asilo UE comuni. Il culmine della crisi migratoria del 2015 ha posto in rilievo tutte le lacune di tale politica, mostrando la necessità di riformare il sistema comune di asilo all'epoca esistente. Il lavoro illustra l'iter di creazione delle politiche comuni dell'UE in materia di asilo, come pure le sfide affrontate dall'UE in seguito al più grande flusso migratorio proveniente dai paesi del medio oriente e mostra l'influenza dei flussi migratori verso l'UE sulla percezione dei suoi cittadini con riferimento ai principali problemi dell'UE. Analizzando le relazioni sullo stato dei diritti fondamentali nel territorio dell'UE e considerandole alla luce del

numero delle domande di asilo negli Stati membri dell'UE ed alla luce dei problemi che i cittadini dell'UE indicano come cruciali, si dimostra che il significativo flusso migratorio e l'aumento delle domande di asilo negli Stati membri fanno sì che la migrazione venga intesa come un problema centrale.

Parole chiave: migrazioni; Unione europea; politica d'asilo; sistema di asilo comune; diritti fondamentali.

Prikazi

(Book Reviews, Beschreibungen, Presentazioni)

Dejan Popović, Poresko pravo, Univerzitet u Beogradu – Pravni fakultet, Beograd, 2018.

Godine 2018. u Beogradu je objavljeno šesnaesto izdanje knjige „Poresko pravo“, autora dr. sc. Dejana Popovića, redovitoga profesora na Katedri za pravno-ekonomske nauke Pravnog fakulteta Sveučilišta u Beogradu, u čijoj je nakladi knjiga i objavljena. Iako je ponajprije riječ o udžbeniku namijenjenom studentima upisanim na istoimeni kolegij (*Poresko pravo*), djelo prof. dr. sc. Popovića ima izraženu pravno-znanstvenu vrijednost, na što ukazuje opseg bibliografije i korištenih pravnih izvora.

Prije detaljnijega komentara teksta, širu čitateljsku javnost vrijedi upozoriti na nekoliko biografskih podataka o autoru, čiji je opus neprijeporno poznat svim znanstvenicima financijskog prava s područja bivše jugoslavenske države, ali i šire. Tako izdvojimo činjenicu da je prof. dr. sc. Popović u dva mandata bio dekan Pravnog fakulteta u Beogradu, a od 2004. do 2006. obnašao je funkciju sveučilišnoga rektora. Na znanstvenom planu, osim bogatoga stvaralaštva objavom monografija, članaka i drugih publikacija, ističe se usavršavanjem na prestižnim inozemnim institucijama (*International Bureau of Fiscal Documentation*, Sveučilište u Virginiji i dr.), te nizom pozvanih predavanja, između ostaloga i na Sveučilištu u Oxfordu. Prof. dr. sc. Popović član je i Europskog udruženja profesora poreznog prava (EATLP).

Udžbenik je strukturiran u dva glavna dijela: u prvom su dijelu (*Opšti deo*) obrađene teme koje zajednički tvore teorijsku bazu čitave porezno-pravne materije, dok je u drugom dijelu

(*Posebni deo*) izloženo pozitivno-pravno uređenje pojedinih poreznih oblika prisutnih u poreznom sustavu Republike Srbije. Vrijedi naglasiti kako je takav odabir osnovne strukture udžbenika svrsishodan i didaktički utemeljen, s obzirom na to da čitatelja usmjerava na važnost razumijevanja onih načela i pojmova koji prožimaju čitav porezni sustav, prije upuštanja u analizu specifičnijih pravila primjenjivih na konkretne situacije relevantne za nametanje poreza.

Za čitatelje izvan Srbije veću vrijednost svakako ima sadržaj izložen u općem dijelu udžbenika. I posebni će dio (str. 307.-570.) pronaći publiku, budući da je bogati izvor podataka o pojedinim elementima srpskoga poreznog sustava, što je iznimno važno za sva trgovačka društva i fizičke osobe – rezidente Republike Hrvatske koji se upuštaju u prekogranično poslovanje i razmjenu dobara i/ili usluga. Kao i autori usporedivih udžbenika u državama s najrazvijenijom tradicijom poreznog prava (npr. Njemačka, Italija, Francuska) i prof. dr. sc. Popović najviše prostora u posebnom dijelu posvećuje trima poreznim oblicima koji u suvremenim državama imaju stožernu ulogu – porezu na dohodak, porezu na dobit i porezu na dodanu vrijednost (PDV). Ipak, autor temeljito obrađuje i druge porezne oblike poreznog sustava Republike Srbije, kao i glavne oblike neporeznih javnih davanja, poput carina, pristojbi (taksi) i doprinosa za socijalna osiguranja. Osim pravnim praktičarima, posebni dio udžbenika može biti vrlo koristan i hrvatskim (porezno) pravnim

komparatistima, s obzirom na to da neka rješenja srpskoga poreznog sustava bitno odstupaju od domaćih (npr. u Srbiji je, za razliku od Hrvatske, propisana mogućnost, tzv. grupnog oporezivanja, tj. oporezivanja konsolidirane dobiti povezanih trgovačkih društava), ali i drugi različiti porezni oblici (npr. *porez na registrovano oružje* u Srbiji). Dodajmo i kako je i sadržaj izložen u posebnom dijelu udžbenika podlošan znatnom noveliranju u svakom njegovu novom izdanju, budući da ni srpski porezni sustav nije lišen (pre)čestih izmjena poreznih propisa.

Opći dio udžbenika opseže oko 300 stranica, podijeljenih u sedam poglavlja (glava). U prvom poglavlju autor ukratko određuje pojam javnih prihoda te izlaže njihove glavne oblike, među kojima u suvremenim državama prevladavajuću ulogu imaju porezi. U drugom poglavlju (*Poresko pravo kao deo pravnog sistema*) već se može prepoznati jedan od temeljnih znanstvenih doprinosa djela prof. dr. sc. Popovića – određivanje granica poreznog prava kao pravne discipline autonomne u odnosu na šire područje (javno)-financijskog prava. Imajući u vidu različite pristupe inozemne (francuske, talijanske, njemačke, britanske) doktrine, autor jasno i uvjerljivo argumentira kako se danas doista može govoriti o „dezintegraciji“ ili definitivnom razdvajanju financijskog prava, s poreznim pravom (njem. *Steuerrecht*; engl. *Tax Law*), tj. pravom javnih davanja (tal. *Diritto Tributario*), kao njegovim temeljnim dijelom, uz druge dijelove poput proračunskog prava ili prava javnog računovodstva. Krunski argument u prilog odabranog pristupa autor nalazi u heterogenosti

predmeta „financijsko-pravnog odnosa“, čemu je doista ne samo teško prigovoriti, već i automatski izaziva pitanje zašto je Hrvatska među rijetkim preostalim državama europskog kontinenta u kojoj se pri naobrazbi pravnika još uvijek (neopravdano?) slijedi integralni pogled na financijsko pravo. Drugim riječima, prof. dr. sc. Popović precizno triangulira položaj poreznog prava unutar čitavog pravnog sustava, iznoseći čvrste dokaze u prilog njegove konačne emancipacije kao zasebne pravne discipline. U nastavku ovoga poglavlja autor jasno zaokružuje znanstveni identitet poreznog prava, inzistirajući na razlikovanju političke, ekonomske, operativno-tehničke i pravne dimenzije poreznog fenomena, s time da se pravnici moraju gotovo beziznimno usmjeriti samo na potonju. Detaljno se obrazlaže i međudnos poreznog prava i drugih grana prava, gdje posebno vrijedi upozoriti na nekoliko maestralnih crtica o, u praktičnom smislu, najvažnijoj relaciji – onoj između poreznog i građanskog prava. Tako autor, odbacujući stajalište o primatu ijedne od navedenih pravnih grana, ističe u suvremenoj usporednoj literaturi općeprihvaćenu tezu, o tzv. „prethodnosti“ građansko-pravne kvalifikacije određenoga činjeničnog stanja: *Norme građanskog prava mogu biti primjenjive na poreskopravni odnos, ali mogu biti i derogirane specifičnim principima poreskog prava. Prethodnost građanskog prava, dakle, ne znači da postoji njegova prevalencija u odnosu na poresko pravo; u pitanju su dve grane prava istog ranga, od kojih se svaka tumači u skladu sa sopstvenom teleologijom i vjerovanjima* (str. 33).

Treće se poglavlje doista može opisati kao autorov *tour de force*. Ovdje

on pedantno i akribično, uz pozivanje na znanstvenu literaturu, usporedna pravna rješenja i sudsku praksu, oslikava međuodnos između porezne i pravne države, iz kojeg proizlaze temeljna porezno-pravna načela (principi), poput načela porezne jednakosti, pravednosti, zakonitosti, zaštite prava vlasništva i dr. S obzirom na autorovo erudicijsko poznavanje obrađene materije i pitak način njezina izlaganja, ovo se poglavlje može ocijeniti iznimno vrijednim izvorom spoznaja o mnogim aporijama koje već desetljećima zaokupljaju porezne stručnjake. Prof. dr. sc. Popović pritom ni od kojeg složenijeg pitanja ne zazire, već se, naprotiv, s njime hvata u koštac, ne libeći se zauzimati jasna stajališta, uvijek potkrijepljena i nalazima pravne znanosti i praksom srpskih i inozemnih sudova. Tako autor, primjerice, virtuosno brodi kompleksnim područjem tumačenja poreznih pravila, usko povezanim s klasičnom doktrinarnom raspravom o tomu što je zapravo zakonita porezna evazija i gdje su njezine granice. Zanimljivo je kako se njegovi zaključci u dobroj mjeri mogu primijeniti i na hrvatski porezno-pravno kontekst. Opisujući nedostatke, tzv. načela fakticiteta, utjelovljenog u srpskom Zakonu o poreskom postupku i poreskoj administraciji, koje svoj pandan nalazi u članku 11. hrvatskoga Općeg poreznog zakona (tzv. „gospodarski pristup“), autor kao da opisuje i hrvatsku praksu navodeći: *U mišljenjima Ministarstva finansija, u kojima se vrši pozivanje na princip fakticiteta, a koja imaju značajan utjecaj na upravnu praksu, uglavnom se nalazi formulacija (cinik bi rekao „mantra“) da, saglasno načelu fakticiteta, Poreska uprava u svakom konkretnom slučaju*

utvrđuje sve činjenice koje su od značaja za opredjeljenje poreskog tretmana; tu se radi o „apstraktnom pozivanju“ (...) pre da bi se potkrepilo prethodno dato obrazloženje određenog poreskopravnog pitanja, nego da bi se aktivirao potencijal načela fakticiteta kao sredstva za suprostavljanje zakonitoj, ali nelegitimnoj poreskoj evaziji (str. 62-63). Citirani ulomak samo je jedan primjer zašto knjiga može biti korisna i hrvatskim praktičarima, ponajprije kao riznica pravnih argumenata za kojima mogu posegnuti u svakodnevnom radu.

U četvrtom poglavlju iznosi taksonomiju poreza, polazeći od kriterija filtriranih u financijskoj doktrini, te se osvrće na danas najrašireniju podjelu, na izravne i neizravne poreze. Peto je poglavlje posvećeno porezno-pravnom odnosu, gdje se jasno dokazuje autorova posvećenost „misiji“ etabliranja poreznog prava kao autonomne pravne discipline. Naime, u ovom poglavlju prof. dr. sc. Popović sustavno kombinira doktrinarni diskurs o osobnim i materijalnim elementima oporezivanjima (npr. porezni obveznik, porezna osnovica, porezna stopa, itd.) s pozitivno-pravnim uređenjem porezno-pravnog odnosa u Srbiji. I ovdje je analiza podrobna, s time da autor dosljedno slijedi temeljnu podjelu na materijalnu (imovinsku) i formalnu (postupovnu) stranu toga pravnog odnosa. Posebno vrijedi pohvaliti učestalo korištenje životnih primjera, koji će čitateljima svakako olakšati razumijevanje iznesene građe.

Šesto se poglavlje (*Zakonski opis poreskog činjeničnog stanja*) oslanja na prethodno, s tim da autor zadire u neka složenija pitanja poreznog prava, poput dvojbe treba li kao obveznika

poreza na dohodak odrediti pojedinca ili obitelj kao zajednicu trošenja. Detaljnije se obrazlažu i metode za utvrđivanje porezne osnovice, kao i razlike u primjeni proporcionalnih i progresivnih poreznih stopa. Opći je dio zaokružen sedmim poglavljem (*Sukob poreskih zakona*), u kojem iznosi uvod u materiju međunarodnoga poreznog prava. Tako se definira pojam juridičkoga dvostrukog oporezivanja, uz razgraničenje od drugih, srodnih pojava, obrazlažu uzroci ovog fenomena, te metode za njegovo sprječavanje. Dodana vrijednost ovoga poglavlja krije se u tome što autor rješenja iz OECD-ovog Modela poreznog ugovora nadopunjuje i s analizom konkretnih odredbi ugovora čija je potpisnica Republika Srbija.

Što na koncu zaključiti o udžbeniku koji stoji pred nama? Suhoparna konstatacija da je riječ o preglednom i poučnom djelu, koje predstavlja sistematičan i didaktički utemeljeni izvor znanja, jest nedvojbeno točna, ali se ne čini dostatno zadovoljavajućom. Stoga vrijedi posegnuti za riječima kojima su prethodna izdanja ove knjige opisali doajeni hrvatskoga financijskog prava: *Postoji uzrečica koja kaže da ništa nije tako dobro, da ne bi moglo biti i bolje. No, doista ne znam što bi u ovoj knjizi trebalo dodati, izmijeniti ili izostaviti da bi dobila bolju ocjenu* (prof. dr. sc. Božidar Jelčić, u: Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 58., br. 6., 2008., str. 1502.) *U knjizi prof. dr. Dejana Popovića nalazimo gotovo sve, što je u teoriji o poreznom pravu danas poznato. Dodamo li tomu, da iz autorova stila izbijaju elementi njegova znanstvenog profila, ali da je unatoč tomu, jezik kojim je knjiga napisana ležeran i živ koji se čita i razumijeva s lakoćom*

(prof. dr. sc. Olivera Lončarić Horvat, u: Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 30., br. 2., 2009., str. 1136.). Potpisniku ovih redaka ostaje tek složiti se s citiranim ocjenama, uz dodatak da je prividna lakoća pisanja koja prožima knjigu prof. dr. sc. Dejana Popovića možda i njezina najveća vrijednost, čime je dokazano da je autor uspio u herkulskom pothvatu približavanja vrlo složene materije širokom čitateljskom krugu. Zaključno, svim zainteresiranim za oblast oporezivanja, a posebno za njezinu pravnu dimenziju, iskreno preporučamo ovu knjigu, uz kratku poruku: *tolle, lege!*

doc. dr. sc. Stjepan Gadžo

UPUTE SURADNICIMA

Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci objavljuje radove iz područja pravnih i društvenih znanosti. Uredništvo prima rukopise na hrvatskom, engleskom, talijanskom i njemačkom jeziku, a odlukom uredništva prihvaća za objavljivanje rukopis i na nekom drugom stranom jeziku. Radovi se uredništvu dostavljaju u elektroničkom obliku (e-mail). Uredništvo prima isključivo neobjavljene rukopise. Uz naslov rada nužno je navesti ime, prezime i titulu autora, naziv i adresu ustanove ili kućnu adresu te e-mail adresu.

Preporučeni opseg rada u pravilu je do dva autorska arka. Radu trebaju biti priloženi popis literature te sažeci i ključne riječi na hrvatskom i engleskom jeziku. Sažetak ne smije prelaziti 200 riječi upućujući na svrhu rada, metodologiju, najvažnije rezultate i zaključak. Prilaže se na posebnoj stranici s navedenim imenom i prezimenom autora, nazivom institucije, naslovom rada, do pet ključnih riječi i s oznakom „Sažetak“/“Summary“.

Rad koji se predaje za objavljivanje u Zborniku Pravnog fakulteta u Sveučilišta u Rijeci treba biti pisan i opremljen u skladu s uputama za oblikovanje teksta koje su objavljene na mrežnoj stranici Zbornika, gdje su objavljene i detaljne upute autorima i recenzentima glede razvrstavanja radova.

Svi radovi podliježu anonimnom recenzentskom postupku. Radi anonimizacije rada, koja se obavlja uklanjanjem imena autora, neprihvatljivo je da autor u radu piše na način da je identitet autora moguće otkriti iz načina na koji upućuje na vlastite radove.

Uredništvo pridržava pravo redakcijski prilagoditi rad propozicijama časopisa i radove predane na hrvatskom jeziku lektorirati sukladno standardima hrvatskog književnog jezika.

Prikazi knjiga, osvrti i ocjene ne podliježu recenziji, ne smiju biti dulji od osam kartica i potpisuju se na kraju.

Radovi se šalju na adresu: zbornik@pravri.hr.

INSTRUCTIONS FOR AUTHORS

Collected Papers of the Law Faculty of the University of Rijeka publish scientific papers from the field of legal and social sciences. The editorial board accepts scientific papers written in Croatian, English, Italian and German language, nevertheless, the board may according to its internal decision accept for publishing scientific papers in some other foreign language. Papers should be submitted in the electronic form (e-mail). The editorial board strictly accepts unpublished manuscripts. Together with the title of the paper the authors should submit their name, family name and title, name and address of the institution or home address, as well as their e-mail.

It is recommended to submit papers which should not exceed more than 32 type-written double-spaced pages (about 10000 words). The summary and keywords in Croatian and English language should be attached to the paper. The summary will be translated in German and Italian language. It should encompass no more than 200 words and should inform about the purpose of the paper, methodology, the most important results and conclusion. The summary should be enclosed on a separate page stating the name and family name of the author, name of the institution, title of the article, no more than five key words and a denotation "Summary".

Manuscript submitted for publishing in the Collected Papers of the Law Faculty of the University of Rijeka should be written and formatted according to the instructions for text formatting which can be downloaded at our web site, together with detailed instructions for authors and reviewers regarding the classification of papers.

All papers will be subjected to anonymous review procedure. Due to paper anonymity which is ensured by removing the author's name, it is unacceptable to submit a paper written in a way revealing the author's identity by citations of his own previously written works.

The editorial board holds the right to editorially adjust the paper to journal's propositions and to language-edit written works in Croatian language, according to standards of Croatian standard language.

Book reviews, comments and surveys are not subjected to review. They should not exceed eight typed double-space pages (about 2400 words). The authors are expected to sign them before submitting.

Manuscripts should be sent to the following address: zbornik@pravri.hr.

ZBORNİK PRAVNOG FAKULTETA SVEUČILIŠTA U RIJECI

CJENIK

• po jedinstvenoj cijeni od **26,25 kn**

Vol. 20 br. 2 (1999.)

Vol. 21 br. 1 (2000.)

Vol. 21 br. 2 (2000.)

Vol. 22 br. 1 (2001.)

Vol. 22 br. 2 (2001.)

Supplement br. 1 (2001.)

Vol. 23 br. 1 (2002.): **rasprodan**

Vol. 23 br. 2 (2002.)

Supplement br. 2 (2002.)

Vol. 24 br. 1 (2003.)

Vol. 24 br. 2 (2003.)

Supplement br. 3 (2003.)

Vol. 25 br. 1 (2004.)

Vol. 25 br. 2 (2004.)

Vol. 26 br. 1 (2005.)

Vol. 26 br. 2 (2005.)

Vol. 27 br. 1 (2006.)

Vol. 27 br. 2 (2006.)

Vol. 28 br. 1 (2007.)

Vol. 28 br. 2 (2007.)

Vol. 29 br. 1 (2008.)

Vol. 29 br. 2 (2008.)

Vol. 30 br. 1 (2009.)

Vol. 30 br. 2 (2009.)

Vol. 31 br. 1 (2010.)

Vol. 31 br. 2 (2010.)

Supplement, Vol. 31 br. 1 (2010.)

Vol. 32 br. 1 (2011.)

Vol. 32 br. 2 (2011.)

Vol. 33 br. 1 (2012.): **rasprodan**

Vol. 33 br. 2 (2012.)

Vol. 34 br. 1 (2013.): **rasprodan**

Vol. 34 br. 2 (2013.)

Vol. 35 br. 1 (2014.)

Vol. 35 br. 2 (2014.)

Vol. 36 br. 1 (2015.)

Vol. 36 br. 2 (2015.)

Vol. 37 br. 1 (2016.)

Vol. 37 br. 2 (2016.)

Vol. 37 br. 3 (2016.)

• po cijeni od **50,00 kn**

Vol. 38 br. 1 (2017.): **rasprodan**

• po cijeni od **90,00 kn**

Vol. 38 br. 2 (2017.)

Vol. 38 br. 3 (2017.)

• po cijeni od **150,00 kn**

Vol. 39 br. 1 (2018.)

• po cijeni od **90,00 kn**

Vol. 39 br. 2 (2018.)

Vol. 39 br. 3 (2018.)

• po cijeni od **130,00 kn**

Vol. 39 br. 4 (pos. broj) (2018.)

• po cijeni od **150,00 kn**

Vol. 40 br. 1 (2019.)

• po cijeni od **100,00 kn**

Vol. 40 br. 2 (2019.)

BIBLIOTEKA PRAVNOG FAKULTETA SVEUČILIŠTA U RIJECI

UREDNIK: PROF. DR. SC. MIOMIR MATULOVIĆ

Biblioteka Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci utemeljena je 1995. godine. Glavni je cilj Biblioteke objavljivanje pravne literature prijeko potrebne studentima za pravni studij i pravnicima za stručnu djelatnost, ali i pristupačne širem čitateljstvu koje se zanima za aktualne pravne probleme i temeljna pitanja prava i države općenito te hrvatskog prava i države napose. Biblioteku čine nizovi: udžbenici, monografije, godišnja predavanja, zbornici sa znanstvenih skupova, komentari, prijevodi strane pravne literature i priručnici. U Biblioteci su objavljeni ovi naslovi:

UDŽBENICI:

- Berislav Pavišić, *Kriminalistika, 1. Uvod, 1997. (rasprodano)*
- Vinko Hlača, *Hrvatsko pomorsko pravo, Izabrani radovi, 2001. (rasprodano)*
- Vladimir Đ. Degan, *Međunarodno pravo mora u miru i u oružanim sukobima, 2002. (unutarnja cijena: 165,00 kn; vanjska cijena: 200,00 kn)*
- Matthias Herdegen, *Europsko pravo, 2003. (rasprodano)*
- Milovan Jovanović, *POLIS-OIKOS-NOMOS, Ekonomski zakoni, 2004. (rasprodano)*
- Vladimir Đ. Degan, *Međunarodno pravo, II. osuvremenjeno izdanje, 2006. (rasprodano)*
- Zvonimir Slakoper, *Bankovni i financijski ugovori, 2007. (rasprodano)*
- Robert Blažević, *Upravna znanost, 2007. (rasprodano)*
- Berislav Pavišić, *Kazneno postupovno pravo – autorizirana predavanja – 2. izdanje, 2008. (rasprodano)*
- Dorotea Ćorić, *Onečišćenje mora s brodova – Međunarodna i nacionalna pravna regulativa, 2009. (cijena: 577,50 kn)*
- Berislav Pavišić, *Kazneno postupovno pravo, 3. izdanje, 2010. (rasprodano)*
- Anamari Petranović, *Obligationes iuris romani: (breviarum), 2010. (cijena 157,50 kn)*
- Milovan Jovanović i Ivo Eškinja, *Osnove ekonomske politike, 2012. (cijena 157,50 kn)*
- Dario Đerđa, *Osnove upravnog prava Europske unije, 2012. (cijena 115,00 kn)*
- Berislav Pavišić i Tadija Bubalo, *Međunarodno kazneno pravo, 2013. (cijena 94,50 kn)*
- Velinka Grozdanić, Marissabell Škorić i Igor Martinović, *Kazneno pravo – opći dio, 2013. (cijena 68,25 kn)*
- Edita Čulinović-Herc, Dionis Jurić, Mihaela Braut Filipović i Nikolina Grković, *Pravno uređenje UCITS fondova na tržištu kapitala, 2013. (cijena 300,00 kn)*
- Teodor Antić, *Ustrojstvo i djelokrug javnog sektora, 2014. (cijena 150,00 kn)*
- Berislav Pavišić i suradnici, *Kazneno postupovno pravo, 6. izdanje, 2014. (cijena 140,00 kn)*

- Željko Bartulović, *Povijest prava i države (I. dio – Opća povijest prava i države, 2014. (cijena 50,00 kn)*
- Robert Blažević, *Upravna znanost, 2015. (rasprodano)*
- Ivan Padjen, *Metodologija pravne znanosti, 2015. (cijena 120,00 kn)*
- Robert Blažević, *Upravna znanost, V. izdanje, 2016. (cijena 120,00 kuna)*
- Milovan Jovanović, *Osnove ekonomike javnog sektora, 2016. (cijena 60,00 kuna)*
- Milovan Jovanović, *Ekonomska politika, 2017. (cijena 80,00 kuna)*
- Dario Đerđa, *Upravni spor, 2017. (cijena 120,00 kuna)*

MONOGRAFIJE:

- Robert Blažević, *Politički poretci i legitimitet, 1995. (rasprodano)*
- Lujo Margetić, *Istra i Kvarner. Izbor studija, 1996. (rasprodano)*
- Marinko Đ. Učur, *Pomorsko radno pravo, 1997. (rasprodano)*
- Vesna Tomljenović, *Pomorsko međunarodno privatno pravo, Izvanugovorna odgovornost za štetu i problem izbora mjerodavnog prava, 1998. (rasprodano)*
- Edita Čulinović-Herc, *Ugovorno osiguranje tražbina zalaganjem pokretnih stvari bez predaje stvari u posjed vjerovnika, 1998. (cijena: 73,50 kn)*
- Lujo Margetić, *Rimsko pravo. Izabrane studije, 1999. (rasprodano)*
- Milovan Jovanović, *Kapitalizam iznutra, 1999. (rasprodano)*
- Lujo Margetić, *Hrvatska i crkva u srednjem vijeku, 2000. (cijena: 105,00 kn)*
- Vesna Crnić-Grotić, *Pravo međunarodnih ugovora, 2002. (cijena: 126,00 kn)*
- Eduard Kunštek, *Arbitražna nadležnost ICSID (Međunarodni centar za rješavanje ulagačkih sporova između država i državljana drugih država), 2002. (cijena: 136,50 kn)*
- Petar Simonetti, *Denacionalizacija, 2004. (rasprodano)*
- Petar Šarčević, *Essays in Private International Law and Comparative Law, 2004. (cijena: 294,00 kn)*
- Željko Bartulović, *Sušak 1919. - 1947. Državnopravni položaj grada, 2004. (suizdavač: Adamović, Rijeka i Državni arhiv u Rijeci) (rasprodano)*
- Robert Blažević, *Karizma, Politička vlast i karizmatičke ličnosti, 2006. (rasprodano)*
- Mirela Župan, *Pravo najbliže veze u hrvatskom i europskom međunarodnom privatnom ugovornom pravu, 2006. (cijena: 103,95 kn)*
- Ivana Kunda, *Internationally Mandatory Rules under Article 7(1) of the European Convention on the Law Applicable to Contractual Obligation, 2007. (cijena: 114,45 kn)*
- Petar Simonetti, *Prava na građevinskom zemljištu, 2008. (rasprodano)*
- Petar Simonetti, *Prava na nekretninama, 2009. (rasprodano)*
- Sanja Barić, *Zakonodavna delegacija i parlamentarizam u suvremenim Europskim državama, 2009. (suizdavač: Organizator, Zagreb) (rasprodano)*

- Zvonimir Slakoper, Vilim Gorenc, uz suradnju Maje Bukovac Puvače, *Obvezno pravo - opći dio - sklapanje, promjene i prestanak ugovora*, 2009. (suizdavač: Novi informator; Zagreb) **(cijena: 556,50 kn)**
- Maša Marochini, *SOCIO-ECONOMIC DIMENSION OF THE ECHR - Should there be limits to the European Court of Human Rights reading significant socio-economic elements into Convention rights?*, 2013. **(cijena 73,50 kn)**
- Marija Pospišil Miler, *Novi sustav odgovornosti za smrt i tjelesne ozljede putnika u pomorskom prijevozu*, 2014. **(cijena 299,00 kn)**
- Sanja Grbić, *Pošteno suđenje u građanskim postupcima u Hrvatskoj u svjetlu članka 6. stavka 1. Europske konvencije o ljudskim pravima (poštenost – razumna duljina trajanja postupka – nezavisnost i nepristranost sudova i sudaca – pristup sudu – jednakost oružja)*, 2014. **(cijena 120,00 kn)**
- Dalida Rittossa, *Zablude u kaznenom pravu*, 2014. **(cijena 110,00 kn)**
- Igor Martinović, *Institut namjere u kaznenopravnoj teoriji i sudskoj praksi*, 2014., **(cijena 80,00 kn)**
- Tadija Bubalo, *Pravni lijekovi u kaznenom postupovnom pravu*, 2015. **(cijena 180,00 kn)**
- Velinka Grozdanić (urednica), *Komentar Zakona o zaštiti osoba s duševnim smetnjama*, 2015. **(cijena 100,00 kn)**
- Robert Blažević, *Stigma i karizma*, 2017. **(cijena 80,00 kuna)**
- Budislav Vukas, *Hrvatska državnost – pravno-povijesne prosudbe - u povodu 25. obljetnice prijama RH u Ujedinjene narode*, 2017. **(cijena 70,00 kuna)**

ZBORNICI SA ZNANSTVENIH SKUPOVA:

- Velinka Grozdanić, Alenka Šelih, *Žene i kazna zatvora*, 2001. **(rasprodano)**
- Velinka Grozdanić i dr., *Kad žena ubije*, 2011. **(cijena: 105,00 kn)**
- Susan Šarčević, *Legal Translation: Preparation for Accession to the European Union*, 2001. **(rasprodano)**
- Nada Bodiroga Vukobrat, Sanja Barić, *Prekogranična i regionalna suradnja*, 2007. (Zbornik radova s međunarodnog znanstvenog skupa održanog na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Rijeci, 6. i 7. listopada 2006. godine), **(cijena: 126,00 kn)**
- Vesna Tomljenović, Edita Čulinović Herc, *Zaštita potrošača i ulagatelja u europskom i hrvatskom pravu*, Izvori međunarodnog tržišta roba i kapitala, 2005. **(rasprodano)**
- Nada Bodiroga-Vukobrat, *Socijalna sigurnost i tržišno natjecanje - europski zahtjevi i nacionalna rješenja*, 2008. **(cijena: 147,00 kn)**
- Vesna Tomljenović, Edita Čulinović-Herc, Vlatka Butorac Malnar, *Republika Hrvatska na putu prema Europskom pravosuđnom području*, 2009. **(cijena: 189,00 kn)**
- Vesna Tomljenović i Ivana Kunda, *Uredba Bruxelles I. – izazovi u hrvatskom pravosuđu*, 2013. **(cijena 150,00 kn)**
- Vesna Tomljenović, Silvija Petrić i Emilia Mišćenić, *Nepoštene ugovorne odredbe – Europski standardi i hrvatska provedba*, 2013. **(cijena: 150,00 kn)**

- Zbornik radova povodom 70. godine života Berislava Pavišića, *Kazneno pravo i kazneno postupovno pravo i kriminalistika*, 2014. **(cijena 190,00 kn)**
- Zbornik radova, *Obitelj i djeca: europska očekivanja i nacionalna stvarnost*, urednica: Ivana Kunda, 2015. **(cijena 157,50 kn)**
- Zbornika radova, *Povijest i sadašnjost građanskih kodifikacija Baltazar Bogišić 1908-2008.*, urednik: Nenad Hlača, 2015. **(cijena: 115,50 kn)**

PRIJEVODI:

- Ralph Folsom, Michael Gordon i John Spanogle, *Međunarodni trgovački poslovi*, 1998. **(besplatno izdanje - nema više primjeraka)**
- R. L. Doernberg, *Međunarodno oporezivanje*, 1999. **(besplatno izdanje - nema više primjeraka)**
- T. C. Hartley, *Temelji prava Europske zajednice*, 2004. **(cijena: 315,00 kn - meki uvez)**
- Buergenthal, Thomas, *Međunarodna ljudska prava*, 2011. **(rasprodano)**

PRIRUČNICI:

- Miomir Matulović, Berislav Pavišić, *Dokumenti Vijeća Europe*, 2001. **(cijena: 157,50 kn)**

* Napomena: u cijenu je uračunat porez na dodanu vrijednost u visini 5%.

BIBLIOTEKA
ZAVODA ZA KAZNE NE ZNANOSTI MOŠĆENICE

www.pravri.hr/zavodi

Zavod za kaznene znanosti Mošćenice bavi se, u suradnji s više inozemnih fakulteta i znanstvenih ustanova te drugih tijela, istraživanjem u području kaznenih znanosti, pripremanjem znanstvenih skupova i seminara, te nakladničkom djelatnošću.

U Biblioteci su objavljeni ovi naslovi.

- Berislav Pavišić, *Gaetano Insolera, Hrvatsko-talijanski rječnik kaznenoga prava – Dizionario croato-italiano di diritto penale – Dizionario italiano-croato di diritto penale – Talijansko-hrvatski rječnik kaznenoga prava, Rijeka, 1997. (rasprodano)*
- *Talijanski kazneni postupak, redakcija: Berislav Pavišić, predgovor: Gaetano Insolera, uvod: Glauco Giostra, Rijeka, 2002. (rasprodano)*
- Berislav Pavišić, *Transition of criminal procedure systems, Vol. II., 2004. (cijena: 236,25 kn)*
- Đorđe Milović, *Kaznena prava šest sjevernokvarnerskih statuta, 2005. (cijena: 189,00 kn)*
- *Codigo procesal penal Modelo para Iberoamerica – Zakonik o kaznenom postupku Model za Iberijsku Ameriku – Codice processuale penale Modello per l'Iberoamerica, koordinacija: Berislav Pavišić, uvod: Julio B. J. Maier, prijevod: Davide Bertaccini, Ivana Barbara Blažević, Eduard Kunštek, Berislav Pavišić, poredbeni pregled: Vanina Ferreccio, 2005. (rasprodano)*
- Lujo Margetić, *Srednjovjekovni zakoni i opći akti na Kvarneru – Mošćenički zakon i statuti, Knjiga prva, 2006. (rasprodano)*
- Marinko Đ. Učur, *Radni odnosi u privatnoj zaštiti, 2006. (rasprodano)*
- Dejana Golenko, *Hrvatska kriminalistička bibliografija, Svezak 1 / Bibliography of Croatian Criminalistics, Volume 1, 2009. (cijena: 136,50 kn)*
- Berislav Pavišić, *Hrvatska kaznena jurisdikcija za kaznena djela na moru/ Croatian criminal jurisdiction over the crime at sea, 2013. (cijena 105,00 kn)*
- *Zakonik o kaznenom postupku Ruske Federacije, urednik: prof. em. dr. sc. Berislav Pavišić, prijevod Iva Parenta, 2015., (cijena: 460,00 kn)*

* **Napomena: u cijenu je uračunat porez na dodanu vrijednost u visini 5%.**

Način plaćanja: na žiro-račun Pravnog fakulteta u Rijeci
IBAN: **HR26 2402 0061 1001 1002 5** poziv na broj: 66142005
Molimo da kopiju uplatnice i priloženi obrazac narudžbe dostavite na adresu:
Sveučilište u Rijeci, Pravni fakultet, Hahlić br. 6, 51000 Rijeka
Tel.: 051/359-500, fax 051/675-113, e-mail: skriptarnica@pravri.hr

Vol. 40 br. 3 (2019)

Članci:

- *Ivan Milotić*, Arbitraža po uzoru na rimsko pravo u graničnom sporu između Lovrana i Mošćenica (1646.)
- *Petar Popović*, Prvenstvo prava pred idejama dobra: novi pogled na pravni konstruktivizam Johna Rawlsa
- *Vesna Crnić-Grotić*, Crime of Genocide before the International Court of Justice
- *Barbara Herceg Pakšić*, U pravu i o pravu: stanje i perspektive u polju pravo u Republici Hrvatskoj u svjetlu validacijskih normativnih uvjeta
- *Neža Pogorelčnik Vogrinc*, Applicable Law in Matrimonial Property Regime Disputes
- *Darja Senčur Peček, Sandra Laleta, Karla Kotulovski*, Ugovorni odnosi u vezi s privremenim agencijskim radom
- *Željka Primorac*, Pravne posljedice provjere putnikovih putnih isprava u zračnim lukama - opravdanost razloga za uskraćivanje ukreaja na let
- *Jakub Handrlica*, The Rijeka Draft of a Convention on the Liability of Operators of Nuclear Ships: a Very Late Requiem
- *Vanja Smokvina, Magdalena Čunčić*, Suvremeni izazovi u provođenju socijalne politike s posebnim naglaskom na mjere socijalne intervencije
- *Marko Sukačić*, Dvojbena pravna narav kupnji na pokus - pregled romanističkih teorija o D.19,5,20pr.-1 (*Ulpianus libro 32 ad edictum*)
- *Sanja Bježančević*, Migrantska kriza u Europskoj uniji – izazovi, europska sigurnost i zaštita temeljnih prava

Prikaz:

- *Stjepan Gadžo*, Poresko pravo (Dejan Popović, Univerzitet u Beogradu – Pravni fakultet, Beograd, 2018.)

ISSN 1330-349X



9 771330 349008